

J. rom c. 835a

Y. Rome C. 335 a

CAROLI FRIDERICI WALCHII

SER. DVCIS SAXO - VINAR. ET ISENAC. A CONSIL. IVSTIT.
SANCTIORIBVS AC IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
IN ACADEMIA IENENSI SENIORIS

INTRODVCTIO

IN

CONTROVERSIAS
IVRIS CIVILIS

RECENTIORES INTER IVRISCONSVLTO
AGITATAS.

TOMI PRIMI FASCICVLVS PRIMVS

*EDITIO QVARTA PRIORIBVS AVCTOR ET
EMENDATIO*

CVRAVIT

CAROLVS ERNESTVS SCHMID

I. V. D. SER. DVCI SAXO - HILPERHVSANO A CON-
SILIIS INTIMIS ASSISTENS.

IENAE

IN LIBRARIA CROEKERIA

MDCCCX.

112 B4

Bayerische
Staatsbibliothek
München

LECTORI BENEVOLO

S.

PRODIT iterum introductio mea in controuersias iuris ciuilis, quae inter iurisconsultos sunt agitatae, haecque noua editio a prioribus sese ita distinguit, vt nouo plane habitu adpareat. Quum ab eo abhinc tempore, quo secunda eius editio in manibus litteratorum exstitit, plura iuris ciuilis capita in disceptationem venerunt, ista merito quoque tetigi; praeterea autem eae controuersiae attentionem meam excitarunt, quae quidem iam antiquioribus temporibus obtinuerunt; a me tamen breuitatis causa ibi sunt praeteritae; neque minus iam sunt expositae, quatenus leges, quas mihi in elaborando hoc libello praescripti, id permetterent. Earum sunt haud paucae atque id quoque potissimum est ratio, cur tot theses iam accesserint voluminisque magnitudo creuerit. Quum hoc modo opus illud perfectius reddidi, ita, vt non facile iam positio quaedam iuris ciuilis, in qua iurisperiti haud conueniant, proferri queat, quae sit silentio praetermissa: desiderio quoque plurium satisfeci ac simul praecipua argumenta aduersariorum indicaui. In prioribus
editio-

editionibus eos tantum scriptores allegavi, qui sententiae meae repugnarunt atque in argumentis adqueui, quibus sententia corroboranda est, quam ego adoptavi; sed nova ab iis eo nomine differt, quod ingenue quoque rationes addidi, quae alios commouerunt, a sententia nostra discedere. Si ii, qui dissentiunt, in claris legum verbis id, quod opinantur, latere putant: saepius eas solum nominaui; plerumque tamen ipsorum quoque conclusiones adieci, quibus iidem ad fulciendas suas utuntur opiniones, atque solum, ut modum quemdam labori meo statuerem, supersedi refutatione horum argumentorum et potius, propositis utriusque partis rationibus, cuiuslibet lectoris arbitrio, utrum meae, an potius dissentientium sententiae adhaerere velit, reliqui. Quasdam quoque notas adieci ac si potissimum decisio eiusmodi controuersiae a genuina legis lectione dependet, illam curatius eruere studui hocque modo, aliud quasi agendo, plures controuersias criticas illustravi. Mihi quidem haud ignotum est, magnam esse discrepantiam inter illas easque, quibus potissimum distentos esse constat iurisconsultos practicos; neque infitior, innumeras esse criticorum controuersias, e quibus nulla redundat utilitas eam in iuris ciuilis prudentiam, quae nostris in foris valet ibique adplicari solet; longe tamen ille falleretur, qui illud de omnibus eiusmodi litibus id persuasum haberet. Sunt multae controuersiae, quae reuera decidi nequeunt; nisi sciamus, quaenam lectio legis alteri sit praefenda, eandemque ob causam nihil magis est dolens-

dolendum; quam quod plerisque eorum, qui in decidendis iis tempus suum consumserint, nulla sit familiaritas cum iuris prudentia humaniore atque eius illa parte, quae nobis monstrat modum, lectionem genuinam legum indagandi eamque restituendi. Ii scriptores nunquam recedunt a verbis illis, quae in editione corporis iuris, quam possident, leguntur, ac praestantiam codicis Florentini prorsus ignorant; multo minus autem, quando quoque eius lectiones negligendae sint, sciunt ac, si gravissima aduersariorum argumenta, ex legibus ducta, satis commode diluere possent, si earum lectionem in dubium vocarent et eam, quae est genuina, restituerent, in locum illius *contorta*, ut *Ciceronis* verbis utar, *atque aculeata* praeferunt *sophismata* et, si e contrario sententiam, quam adoptant, lege quadam optime confirmare possent, ubi sit rite emendata ac lectio eius vulgaris emendata, argumento, ex ea ducendo, haud utuntur. Haec est vera causa, cur quoque nonnunquam de lectione huius; vel illius legis, si eius per restitutionem controuersia quaedam decidi potest, sollicitus fuerim eoque minus credo iniucundum lectoribus fore laborem, a me susceptum, quum per id mihi quoque suppeditata est occasio, nonnullas lites criticas diiudicandi. Tandem quibusdam in locis sententiam meam mutavi. Quum eam, quam de quaestione, num e codice Florentino omnia, quot exstant, pandectarum exempla dimanauerint, in prioribus editionibus adoptavi, iam ante aliquot annos ac potissimum in editione hermeneuticae Eckhardianae.

dianae, a me procuratae, defererem hancque quaestionem omnino illam adfirmendam censerem; illud quoque iam statui. Non amplius eum, qui promulgationem legis factam esse asserit, a probatione huius asserti liberum esse puto; sed potius iam existimo, eam, qui id asserit, idem probare debere. Simili ratione inter testamentum principi oblatum atque illud, quod iudici exhibetur, ita distinguo, ut quidem adhuc statuam, eiusmodi testamentum per procuratorem haud posse iudici tradi; filum autem admittam, ubi principi sit offerendum. Quum in antecedente editione eorum in sententiam discederem, qui docent, uxorem pro marito fideiussisse censi, licet una cum marito principaliter sese obliget ad solvendum debitum: iam in praesenti statuo, uxorem teneri dimidiam debiti partem soluere, si cum marito principaliter sese obligat ad illud soluendum; neque probari potest, eam saltem pro marito fideiussisse. Haud amplius cum iis facio, qui putant, totam perire emphyteusin, si vnus heredum portionem canonis non solvit; sed potius doceo, expelli non posse emphyteutam, si pars canonis est soluta atque ex eo concludo, vnum heredem solutionis ratae illius portionis, quam sua ex parte praestare debeat, reliquorum coheredum moram purgare, quamdiu nondum emphyteusis est diuisa. Reliquas mutationes, quas tam in ipsis thesibus; quam in argumentis quibusdam suscepi, iam tacitus praetereo; verumtamen addo, non minus multa vitia, in allegatis legibus commissa, esse sublata ac duobus indicibus, qui iam antecedenti

cedenti editioni erant adiecti, tertiam accessisse, quo singulae leges iuris ciuilis, quae vel a me sunt adlegatae, vel illustratae, nominantur. Haec sunt quae hac in editione praestiti; ego vero in certissimam spem venio, ea laud ingrata fore lectoribus meis eorumque beneuolentiae me commendo. Ienae, d. 16. mai. anno reparatae salutis 1791.

PRAEFATIO PRIMAE EDITIONI

PRAEMISSA.

Ex quo tempore patriae huic academiae commodis pro virium ratione inservire hancque in rem in publicum prodire coepi, semper iuvenes, qui disciplinis sese consecrarunt ac cupiditate, ad perfectam illarum perueniendi cognitionem flagrarunt, in disputandi exercere studui arte; neque vnquam interrumpi passus sum institutum illud; nisi per annum, quo litterarium per Germaniam, Belgium, Galliam ac Heluetiam feci iter. Eo acriori studio, quantum mihi grauiora negotia tribuerunt otii, ad disputandum contuli; quo maiorem ad illos, qui hisce in certaminibus virium suarum fecerunt periculum, redundare vidi vtilitatem. Qui considerat paullo curatius, quaenam sit iurisprudentiae nostrae ratio ac natura: quanta in varietate ac dissensione constituti fuerint ab omni aetate peritissimi homines, qui de ista disciplina disputarent quotue quaestionibus, perdifficilibus ac perobscuris, implicata illa sit ac obruta: is, arroganter a me id dictum esse, haud arbitrabitur. Neque ei mirum erit, vbi addam, nunquam defuisse, qui me disputan-
tem

tem adirent; sed me gloriari posse auditoribus, qui vel generis splendore; vel munerum, quae iam gerunt, dignitate ac grauitate eminent ac temporis illius recordatione delectantur, quo certaminibus meis priuatis compaenerunt disputantisque partibus functi sunt).

Inter iurisprudentiae partes, quibus in Germania operam nauare solent iuuenes in academiis, sine dubio iurisprudentia ciuilis disputandi argumentis inprimis abundat. Non est negandum, rationem huius rei ex parte ipsis in legibus librisue iurisconsultorum veterum esse quaerendam, ex quibus compilatum esse constat iuris, quo utimur, corpus, quum ex nimio sectarum studio, quo illi adfecti fuerunt, innumerae orirentur dissensiones: illae contra voluntatem imperatoris Iustiniani in digesta irreperent hicque eandem ob causam constitutionibus, satis notis, lites has decidere cogeretur; nihilo tamen minus dissidia haec vel minimum admodum auxerunt iuris, quos media tulit aetas, interpretes, in quibus semper existerent, qui multa contra verba legum pre-

*) Publice nonnunquam indicati sunt memorati hi labores et factum id est a me *comm. de testamento prodigi, iure Germanico inualido*, 1754. *comm. qua controuersia de usufructu nominis inter veteres iurisconsultos agita exponitur*, 1759. *disquis. de nobilium testimonio iniurato*, 1759. *ac disquisitione prima de genuino fonte distinctionis inter factum animatum et inanimatum in nemesi carolina art. 131. adhibita*, Ienae 1768.

proferrent earumque vim ac potestatem, sententiasque suas sola, qua fruerentur, auctoritate fulcirent hancque ob rem multos nanciscerentur aduersarios. Haec quum ita sese habeant ac nemo profecto in primis feliciter progredi possit in haurienda iurisprudencia ciuili; nisi controuersias in illa agitas sciat, argumenta, quae quaelibet eorum pars ad probandam suam sententiam excogitauit, cognoscat eorumque vim certo ponderet iudicio: disputationes illas solum de iuris ciuilis institui controuersis atque positiones, de quibus disceptandum esset, ipse formaui. Vt eo magis conuinceretur de veritate sententiae, a me adoptatae, respondens, et vt eo promptior ab illo eius expectari posset defensio; neque minus illius commilitones haud difficulter discerent, quaenam tela contra istam sint adhibenda, ante decem annorum spatium addere coepi positionibus argumenta, quibus niterentur, ac nomina scriptorum, qui aduersariorum duces sunt atque antesignani, easque typis describendas curaui. Perpetuum dein in vsum collegii destinatae atque in vnum corpus sunt collectae, ea ratione, vt sub inscriptione *iuris selectiorum controuersiarum sylloge in collegii disputatorii vsum conscriptae*, diuulgarentur atque earum pars prior ann. 1761. altera autem ann. 1766. in publicam prodiret lucem et vtraque ab eruditorum coetu benigne ac perhumaniter susciperetur.

Ex hac vtraque sylloge ortam esse introductionem in controuersias, quam iam tibi exhibeo, non negare possum; ita tamen, quae illae

lae continuerunt, sunt mutata, vt, quamuis solum modo ob defectum exemplorum illarum libellum, quem tibi nunc offero, edam; hic tamen iure sibi vindicare videatur inscriptio- nem, quam ipsi dedi, atque illi iniuriam face- rem, si eum nouam saltem editionem sylloges esse contenderem. Conueniunt quidem duo hi libelli in eo, quod saltem theses complectan- tur, quae sunt controuersae; multum tamen nihilominus inter se discrepant, quum tertia fere pars harum positionum, quas iam inue- nies ista in introductione, desideratur in syl- loge omnesue illae theses, de quibus inter iu- risconsultos controuersia est orta, quasue ibi haud tetigi, sunt adiectae: scriptores, qui meam tuentur opinionem, etiam nominaui: inprimis historiam controuersiarum recentiorum enarra- vi et quod maximum est, omnia praecepta, quae promiscue et, prout defensae fuerint, in sylloge traderentur, in ordinem redege indi- cemque locupletissimum adiiciendum curau.

Si ipsa disputandi argumenta, quae hoc in libello exhibentur, paullo curatius peruolu- tare vis, ea capita exposita saltim iuris ciuilis deprehendes, de quibus inter recentiores iuris- consultos disceptatum fuit. Ante omnia mo- nere me oportet, me *iuris ciuilis* sub nomine illud ius Romanum, quod ad fora nostra ad- plicatur, intelligere ideoque illud neque ad alia iura priuata; neque ea, ad iuris ciuilis praecepta, quae vel ante Iustinianum saltim obtinuerunt; vel nunquam vsu firmata sunt forensi, haud extendere. Quum hanc iuris ci-
vilis

vilis notionem formarem, ut inprimis qualiscunque hic labor meus vsui possit esse iis, qui scientiam, ad futura ipsorum negotia forensia necessariam, sibi adquirere adquisitamque volunt amplificare: non potuit fieri; quin abstinere ab controuersis de iure canonico, feudali, Germanico natis ac simul silentio praeterirem omnes fere illas lites, quae inter iurisconsultos criticos de lectione huius; vel illius loci iuris ciuilis emendanda aut retinenda sunt agitatae. Neque minus illae sunt memoratu dignae atque ei, qui iurisconsulti humanioris nomine ab aliis distinguere se vult, omnino scitu necessariae. Libens hoc largior, neque superuacanei operis arguo illum, qui eas singulari aliquando exponere vellet libello; nihilo tamen minus ex eiusmodi diffidiis ad eos, qui forensibus negotiis multum lucri facere studeant, parum redundare utilitatis, non minus est certum, quumque libellum hunc eorum gratia potissimum, qui ad ista negotia sunt parandi, conscriberem: solum illas controuersias criticas tangere potui, de quibus etiam sollicitum esse oportet iurisconsultum practicum. Eadem ratione quaestiones controuersas, quae in historia iuris occurrunt, sedulo distinxī. Quum nonnullae earum ita sunt comparatae, ut ab istarum decisione veritas huius; vel illius sententiae, in foro receptae, dependeat, de illis differui eandemque ob causam primas, quae hic inueniuntur, positiones de receptione iuris Romani in Germania atque auctoritate codicis Florentini formaui; reliquas autem commemorare haud potui.

Quem-

Quemadmodum omnia haec, quae iam tradidi, obseruatae a me fuerunt, propterea, quod sola capita iuris Romani, quae in foris valent, controuersa essent, quae me occupatum haberent; ita non minus terminis circumscriptum me vidi angustis, quum de iis tantum capitibus iuris Romani forensis loqui mihi proponerem, quae controuersa et quidem ita litigiosa essent, vt recentiores iurisconsulti de iis disceptauerint. Si euoluimus libros iuris controuersi, ab *A. Fachinaeo* *), *G. A. Struvio* **), *M. V. Hunnio* ***), *I. H. Bergero* ****) ac *S. de Cocceii* *) doctissime conscriptos: inuenimus innumeras ibi quaestiones, quae celeberrimis his iurisconsultis dubiae quidem visae sunt; nunquam autem vere controuersae existerunt. Ne vnicum quidem, vbi ad eiusmodi capita perueniunt, hominem nominare nobis possunt, qui eorum ab sententia vnquam deflectit. Conclusiunculas, quibus sententia, ab iis adoptata, forsan est impugnanda, anxie fingunt easque refutant; reuera tamen iurisprudentiae magis per id nocent; quam vtilitatem adferunt rabulisque occasionem suppeditant, proferendi σοφισματα, quae sunt contorta ac vana. Ac si quoque vtilia forsan sunt, quae hanc in rem tradunt, nullo modo in libello iure

*) *Controuersiarum iuris libris decem*, Colon. 1614.

**) *Euolutionibus controuersiarum*, Ienae 1684.

***) *Resolutionibus iuris ciuilis*, Francof. 1670.

****) *Resolutionibus leg. obstantium*, Vitemb. 1699.

*) *Iur. ciuil. controuerso*, Lips. 1713. 1753.

re locum sibi vindicant, qui ad disputandum iuuenibus inferuire debeat eamdemque ob causam omnes illas quaestiones, propterea quod non sunt controuersae, silentio praetermisi. Quinque tandem earum saltem rationem habere volui, de quibus recentiores iurisconsulti litigarunt: non potuit quidem fieri; quin eas quoque tangerem, quae antiquiore aeque ac recentiore aetate fuerunt controuersae vel saltem medio tempore exstiterunt litigiosae: eas autem controuersias, quas antiquiores iurisconsulti, qui ante Iustinianum floruerunt ac in his potissimum, celeberrimae illae iurisconsultorum, Capitonis ac Labeonis sectae disceptarunt, ubi sedatae sunt ab eriscundis: a Iustiniano; siue potius eius administro, Triboniano; aut ab alio: neque a recentioribus suscitatae, missas feci.

Etsi per id accidit, ut multas quaestiones, quas alii scriptores iuris controuersi tradunt, hoc in libello frustra quaeras; tanto maiore tamen cura operam dedi, ut omnia illa capita iuris ciuilis colligerem, de quibus recentiores iurisperiti litigarunt ac praesertim ea quoque indicarem, quae ab auctoribus modo memoratis silentio sunt praetermissa vel ideo tangi haud potuerunt, quod ipsorum aetate nondum nata de iis fuerit controuersia. Ea ratione omnia haec capita ita tradidi, ut meam de iis proponam sententiam atque huic argumenta, ex quibus illa concluditur, breuiter ac via compendiaria, adiiciam. Elegi diuersis ex opinionibus semper eam, quae verisimilitudine reli-
quas

quas antecellere mihi visa est. Dimensus sum illam minime auctoritate, quam haec; vel illa opinio nacta est; sed argumentorum, quibus quaelibet earum nitatur, pondere ac grauitate. Euenit itaque, vt a sententia, quae in foro obtinuerit nonnunquam discefferim, quamuis illam, quantum potui, retinere studuerim. Auctoritas *Carpzovii*, *Gailii*, *Berlichii* aliorumque, qua aduersarii gloriantur, deterere me haud potuit a sententia, quae mihi placuit; vbi autem eas quaestiones in medium protuli, in quibus decidendis ii ipsi, qui forensibus destinantur negotiis, tanta in varietate sunt constituti, vt eorum sententias molestum sit numerare, nominis illorum auctoritas vsque eo apud me haud valuit, vt ad vnus sententiam existerem procliuior; quam alterius. Modo illius; modo huius in partes discessi: immo nonnunquam, si nulla earum mihi adideret, nouam protuli. Siue communem; siue aliam opinionem tradant positiones, eis semper argumenta, vti iam monui, quibus nitatur, sunt subiecta. In iis exponendis longius; quam breuitatis fines, mihi constituti, paterentur, haud progressus sum; neque omnia, quae coaceruata sunt ab aliis, sine distinctione protuli; sed ex iis illa tantum commemorauimus, quae praecipue sententiam meam fulcirent atque ab iis abstinui, quae contrariam sententiam quidem corroborant; nostram autem haud confirmant. Quibus argumentis probare studui sententiam, ea mox ex ipsis legibus; mox iuris petii analogia; iis tamen minime adieci rationes, quibus aduersarii et ad euer-

tendam

tendam nostram sententiam et ad suam confirmandam vtuntur. Libellum eorum potissimum caussa conscripsi, qui in academiis iurisprudentiae operam nauant et in disputandi arte sese exercere volunt. Campus illis haud aperiretur, in quo virtus ipsorum cognosci atque excurrere posset, siue dissentientis; siue defendentis fungantur partibus, si tela, in ipsos iniicienda; antequam in arenam discederent scirent ac horum aduersariis ea in manus darentur. Haec est caussa, cur consulto haec argumenta praetermitterem; nihilo tamen minus vtriusque sententiae fautores ac libros, in quibus quaelibet earum est copiosius exposita, nominavi. Subuenire per id inprimis studui iis, qui argumenta, sententiae nostrae contraria, quaerunt ideoque totum hunc libellum ita formaui, vt inprimis eorum, qui de iure disputando ingenia priuatis in certaminibus exercent, commodis inseruire possit; neque vero minus aliis utilis esse queat ac simul eorum, qui historia iuris litteraria, disciplina admodum necessaria, delectantur, desideriiis nonnunquam satisfaciat.

Restat, vt de ordine, quem hoc in libello adhibui, quaedam addam. Inter scriptores iuris controuersi sunt, qui sine vlllo ordine eius capita tradunt: sunt, qui quemdam seruant. Hi vel cum *Hunnio* institutionum; vel cum *Struui*o, *Eckio*, *Bergero*, *Cocceio* ac aliis digestorum sequuntur ordinem. Quum neuter omnibus numeris, vti satis constat, est absolutus, vtroque supersedi; sed ea ratione
rem

rem tractavi, vt praemissis prolegomenis de iure ciuili eiusque libris in genere legibus ac earum speciebus, ipsam commentationem in quatuor diuiderem sectiones. Quum in prima iura ex statu hominum tam naturali, quam ciuili, quae sunt controuersa, recensui, in duabus sequentibus in realia aequae ac personalia iura litigiosa inquisui, adeo, vt de dominio, seruitute, hereditatibus, iure pignoris, pactis pariter ac contractibus; nec non factis obligatoriis illicitis disputarem. Tandem sectione quarta controuersa capita iuris ciuilis de actionibus deque modis procedendi et inprimis de creditorum concursu exponere studui.

Quum primam partem sylloges in lucem emitterem, neminem fore arbitrabar, qui oleum me operamque perdidisse meque Iliada post Homerum cecinisse diceret, quum laborem susceperim, quo celeberrimos iurisprudentum, de quibus Germania ac Belgium gloriari possit, perfunctos esse constaret. Ominabar mihi illud potissimum ex eo, quod non facile inter omnes memoratorum virorum libros inueniatur, qui disputantium commodis interuire possit, siue huius rationem in eorum magnitudine; siue in breuitate; siue in positionum controuersarum, quem habent delectum; siue in ipso eas tractandi modo sit ponenda; eandemque ob rem ab omnibus iis libellus meus plurimum distaret: neque spem, quam conciperem, me fefellisse, euidenter demonstrat humanitas eruditorum, qua vtraque sylloge est suscepta. Eandem multo maiori iure

* *

huic

huic introductioni auguror; ego vero laetabor, vbi laborem iurisprudentiae ciuili vtilem me suscepisse, perspiciam ac si votorum meorum compos factus fuero, ad exponendas controversias inter antiquiores iurisconsultos agitatae, otium, quod mihi dabitur, forsan conferam. Ienae die 15. aprilis ann. rep. salut. 1771.

ELECTORI

LECTORI EDITOR.

Quum ante abhinc annum Serenissimorum Ducum Saxoniae gratia Professoris in academia Ienensi munus mihi oblatum esset, vix quicquid aequae cordi habeo, quam exercitationes disputatorias, quas autor, vir beatae memoriae per quinquaginta et aliquot annos, summa industria rexerat, restituere. Non enim tantummodo vtilissimum putabam tale institutum, quod iuueniles animos ad ipsos legalis scientiae fontes persecutandos reuocaret, sed auctori, quo praeceptori quondam vsus eram diligentissimo et indulgentissimo debitas referre gratias melius non posse mihi videbar, quam si continuator ei existerem collegii, cui senex iam annis meritisque grauissimus iuuenili alacritate operam impendere solebat. Hoc autem propositum, cum *Introductio in controuersias juris ciuilis* per aliquot annos disideraretur, curam simul nouae editionis suscipere iussit.

De cuius ratione paucissima monenda sunt. Id ne nimirum potissimum egi, vt scientiae nostrae hodiernum statum demonstrarem, ideoque quasdam nouiter motas aut resuscitatas controuersias

versias adjiciendas, alias, temporum vicissitudine antiquitati adscriptas (v. c. de potestate nobilium S. R. I. immediatorum) supprimendas esse duxi, scriptorum non nisi eorum qui omnium manu versari videntur opiniones allegare, sed juris quoque Gallicani nouissimi concordantiam aut differentiam brevibus passim indicare e re esse putavi. Quae addenda visa sunt signo [] notavi, ceterum Walchium Walchio restituere, verbaque ejus sexcentis quibus sca-tebant mendis purgare religioni habui.

Verum laborem vix eram aggressus, quum fortuna instabilis rerum humanarum modera-trix e tranquillo scientiarum portu me in altum reduxit, rursusque negotiis, quae effugisse iae-tabar, implicuit. Coeptum tamen opus, si doctis non improbetur hominibus ad finem perducere mihi proposui, fasciculum tomi pri-mi secundum intro hos tres menses, tomum secundum ad nundinas paschales proximas edi-turus. Ser. Ienae m. April. A. Ch. 1810.

INTRODVCTIO
IN
CONTROVERSIAS
IVRIS CIVILIS
RECENTIORES INTER IVRISCONSULTOS
AGITATAS.

112 B6

PROLEGOMENA.

CAPVT PRIMVM

DE

IVRE CIVILI EIVSQUE LIBRIS IN GENERE.

§. I.

ACRITER quidem disceptatum esse constat inter iurisconsultos de auctoritate iuris ciuilis; certum tamen est atque expeditum, ius Romanum in Germania quidem esse receptum; ibi tamen tamquam ius scriptum valere.

Duobus membris propositio haec constat. Quod ad priorem attinet, extra omne dubium est positum, ius, si non sit originarium, esse debere receptitium, vbi id valeat. Originarium prius esse non potest in pronincia; quam si eius incolae vel ipsis conditoribus iuris; vel ratione legum iis, qui illis successerunt, sunt subiecti. Germani neque imperatoribus Romanis, qui leges Romanas condiderunt, paruerunt; neque subiecti sunt eorum suc-

cessoribus, qua talibus, idque potissimum ratione legum, ab iis ferendarum. Quidnam vero quaeso aliud inde est colligendum; quam quod ius Romanum non sit ius in Germania originarium; sed potius receptum? Eadem ratione recte sese habet posterius membrum nostrae propositionis. Quodcunque ius ex expressa imperantis valet voluntate, illud sine dubio est ius scriptum. Declarauit imperator cum imperio, vbi iudicium institueretur camerale, se velle, vt iuri Romano morem gerant Germani, hocque legibus recentioribus repetiit, vti doctissime potissimum exposuit *Io. Sal. Brunquellius*, *hisor. iur. part. III. membr. II. cap. 10. p. 398. sq.* [add. *Sam. de Cocceji jus controuersum t. I. p. I. ibique Emminghaus*]. Quae quamuis ita sese habeant; vtroque tamen de argumento satis acriter disputarunt iurisconsulti. Priorem propositionem ea potissimum ex ratione, quod imperatores Romani ad gubernacula imperii Germanici sedeant, negant *Theod. Reinkingk de regimine seculari et ecclesiastico, libr. 1. tit. 2. Io. Limnaeus, libr. 2. iuris publici cap. 8. §. 4. et Car. Leopold. Erdmann, disquis. an ius Romanum in Germania receptum esse contendere queat, Goettingae, 1770. posteriorem autem ideo, quod consuetudinarii solum iuris peritos esse voluerit iudices atque adfessores cameralis iudicii Carolus V. recessu imp. augustiano de anno 1548. §. 23. ac iis secundum iura recepta iudicare praeceptum fuerit ordinat. camerali, part. 1. tit. 3. §. 1. Io. Georg. Kulpisius, sub nomine Conrad. Sinceri latens, de Germanicarum legum veterum ac Romani iuris in republica nostra origine auctoritateque praesenti. Lipsiae 1682. Henr. Ern. Kestnerus, in tract. de defectibus iuris communis, problem. 4. Christ. Thomasius, not.*

not. ad Sincer. atque Aug. Leyserus, meditat. ad pandect. spec. 5. cor. 2. reprobant; iis autem sese opposuerunt: Io. Casp. Heidelmannus, de recept. iuris Romani, eiusdem ac leg. Germ. in foris usu auctoritateque, Gothae 1713. Io. Wolsfg. Kipping, de usu et praestantia iurum in imp. Rom. Germ. introductor. Ienae 1739. Io. Hartw. Reuterus, diss. de quaestione: an ius Romanum ius positivum civile in specie in Germania esse possit? Halae 1751. Io. Vlric. L. B. de Cramer, in den Wetzlarischen Nebenstunden, part. LXXVI. p. 8. V. C. Franc. Ios. Hartleben, med. ad pandectas, vol. 1. part. 1. p. 86. ac Io. Ern. Iust. Müllerus, observat. pract. ad Leyseri meditat. tom. 1. fasc. 1. p. 41. cum aliis.

§. II.

[Neque vero iuri romano plena et absoluta auctoritas tribuenda. Quatenus enim vel sanae rationi, vel moribus legibusque nostris repugnat, vim legis non habet.]

Quod ius romanum in subsidium tantum receptum, eique leges cum universales tum particulares Germaniae praeferendae sint, extra omne dubium positum est. Quamvis autem ius germanicum privatum universale sensu iuridico vix existere videatur, de quo notissima illa, inter *Hufeland Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung des positiven Rechtsw.* St. 1. n. 3. et *Runde Grundf. des gem. deutschen Privatr.* c. 3. agitata controuersia, certum tamen est, eas iuris romani dispositiones, quae moribus nostris minus conveniunt, in foro nostro plane non valere. Quod cum
prae

prae ceteris clarissime docuisset *A. D. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründl. Theorie vom heutigen Gebrauche des röm. R.* 1782. (et in *Eiusdem Versuchen über das Civilrecht* t. I. 1801. n. I.) vel exinde patet, sanae quoque rationi, seu philosophiae, ubi de legis positivae quaeritur applicatione locum esse relinquendum. Omnis vero iuris positiui auctoritas nullo, nisi rationis ac iuris naturalis nititur fundamento, quaeque huic aperte sunt contraria, ius facere non possunt. „Ita nulla lex, nisi quae ratione nititur“ *Hugo* ait *Donellus* L. I. *Commentarior, iur. civ. c. 5.* eique inter antiquiores assentiunt *Conr. Lagus noua methodo iur. civ. P. I. c. 3. n. 4.* *Io. Althusius* in *Dicaeologica* T. I. c. 14. n. 9. et *Ioach. Hopper Elementorum iuris libro I. c. 4.* e recentioribus vero eandem, quam editor in libro suo: *Kritische Einleitung in das bürgerl. R. des franz. Reiches* vol. I. p. I. seq. sententiam tuentur: *L. H. von Almindingen, Metaphysik des Civilprocesses* t. I. p. I. *C. A. Tittmann Handbuch des gem. deutschen peinl. Rechts* t. I. p. 5. alique. Dissentiunt tamen et philosophiae principiis non nisi ad formam scientiae legalis vtendum esse contendunt recentiorum quam plurimi, inter quos *P. I. Ans. Feuerbach Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft.* Landshut 1804. *Nic. Thadd. Gönner Archiv für Gesetzgebung.* vol. n. I. fasc. 2. n. 14. et *Ant. Frid. Just. Thibaut, System des Pandektenrechts* §. 9. nominare licet. Conf. *I. H. Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts.* 1807. II voll.]

§. III.

Quae in codice repetitae praelectionis habentur leges, derogant legibus digestorum sine ulla distinctione.

Legem posteriorem derogare priori, extra omnem dubitationem est positum; leges autem codicis posteriores esse legibus pandectarum, nemo in dubium vocabit, qui perpendit, haud illius temporis, quo ipsae leges sunt conscriptae; sed eius potius aetatis, qua leges confirmatae sunt a legislatore ac postremum robur auctoritate eius consequutae sunt, rationem esse habendam, si quis leges inter se comparare ac, quaenam earum sit antiquior: quaenam iunior? definire velit. Quis enim nescit, codicem repetitae praelectionis publicatum esse d. xvi. cal. decembris ann. 534. Vide *constitut. de confirmat. codicis Iustiniani ad senat. urbis Constantinopol.* Aliud censent 1) ii, qui codicem repetitae praelectionis hac in re pandectis penitus postponunt, ut *Georg. Ad. Struvius, exercit. I. th. 69. et Georg. Franzkius, in provem. dig. num. 17.* Quum id ideo faciunt, quod paucae illae codicis leges, quae post promulgationem digestorum sunt corditae, digestis non repugnent ac reliquae iis sint antiquiores: ab his discedunt 2) ii, qui solum quinquaginta decisiones digestis praeferendas putant cum *Helfr. Ulric. Hunnio, de auctorit. et interpret. iuris lib. I. cap. I. quaest. I. Edmund. Merillio, prolegom. ad quinquaginta decisiones part. 2. opusculorum p. I.* ac denique 3) ii, qui quatuor tantum legibus (anno 534. sancitis *) id tribuant, quod digestis

*) Plures exstant leges ab Imperatore Iustiniano anno 534. post promulgatas Pandectas et ante publicationem Codicis

digestis praeferantur *Hub. Giphanius tr. quaest. an codex abroget pandectis*, iunctim edita cum infra allegato *Grat. de Garzat. libro. [Galvanus de usufructu c. 31. n. 9. Franc. Schöman Handb. des Civilrechts. 1 Bd. 1806. p. 12.]* Contra omnes hos autem pugnant *Ioach. Hagemeyer de auctoritat. iur. civil. et canon. cap. 5. Lud. Mencke in gymnasio polemico, disp. 7. p. 45. ac Io. Sal. Brunquellius, hist. iur. part. 2. cap. 9. §. 18—20. Franc. Grat. de Garzatoribus, libr. 2. de conciliat. legum, Francof. 1618. [in Euf. Begeri illustration. Cod. Iustin. Ulm. 1767. Conf. Thibaut System des Pand. R. §. 35. qui mediam quandam opinionem profert.]*

§. IV.

Si certo constiat, deflectere voluisse institutionum auctores a digestis, illae his praeferruntur; vbi autem id non est expeditum, digesta praeferruntur institutionibus.

Ex historia iuris evidens est, institutiones ac digesta vno eodemque tempore robur suum accepisse; illas tamen esse compositas, quum in conscribendis digestis per duos annos iam fuerint occupati Tribonianus eiusque adiutores ideoque etiam e digestis esse scriptas. Illustrare itaque ordinarie ac supplere debemus institutiones e digestis tanquam ex fonte [v. c. §. 25. *Inst. de rer. div.* (2, 1.) ex *L. 7. §. 7. D. de adq. rer. dom.* (41, 1.)]; regulae tamen merito

cis repetitae praelectionis latae, inter quas *L. 11. C. de iureiurando propter cal. d.* (2, 59.) *L. 29. C. de nuptiis* (5, 4.) *L. 31. C. de testamentis* (6, 23.) *L. un. C. de ca. ducis tollendis* (6, 51.) et *L. 15. C. de legitimis hereditibus* notatu dignissimae,

rito exceptionem adiciere debemus eo in casu, quo propositum, corrigendi digesta, clarum est atque in oculos cadit. Falluntur itaque, qui cum *Samuel. de Cocceii, iur. controuers. tom. 1. p. 10.* atque *Aug. Leysero, spec. 5 cor. 3.* ideo, quod institutiones digestis iuniores esse putant, sine distinctione derogari digesta institutionibus statuunt [quibus addendus *Thibaut System des Pandekten R. §. 35.*]; neque vero minus errant, qui id cum *Ge. Adam. Struuius, euolut. ad digesta, p. 14.* quoniam digesta post institutiones sint promulgatae, atque cum iis vno tempore valere inceperint, indistincte negant; praeter eos autem huic liti fere immiscent *Io. Hanedoesius, exercit. imperial. ex. 1. quael. 8. Bernh. Schotanus disp. ad instit. 1. thes. 3. Petr. Müllerus ad Struui. syntagm. iuris ciuilis. exerc. 1. thes. 69. tom. 1. p. 60. Ulric. Huber praelect. iuris ciuil. secund. ordinem institut. prooem. p. 3. Io. Gottl. Heineccius elem. iur. ciuil. prooem. §. 16.* atque alii. Quum inter hos plerique sententiam adoptarunt, quam amplector, idem faciunt *Car. Christ. Hofacker, instit. iuris Rom. sect. 1. §. 37. Franc. Ios. Hartleben, medit. in pandect. vol. 1. part. 1. p. 94. et Io. Ern. Iust. Müllerus, obs. pract. ad Leyseri medit. tom. 1. fasc. 1. p. 46.* merito tamen contra illum monendum est, sententiam, *Struuius* a me adscriptam, omnino ab ipso loc. laudat. tradi [Add. *Chr. Aug. Günther Princ. iuris roman. priu. nou. T. 1. 1805. §. 69.*] Conferas quoque, quae *introduc. in lect. institut. cap. 4. §. 9. Hoppii comment. in institut. praemissa, p. 51.* tradidimus.

§. V.

Nulla vero distinctione opus est, vbi peruenimus ad quaestionem, non minus satis notam, num codex deroget institutionibus; nec ne? sed eam, omni discrimine remoto, adfirmare debemus.

Quaecunque lex est posterior, illa derogat priori. Codex repetitae praelectionis, de qua nobis est sermo, est lex posterior ratione institutionum eademque ob rem etiam iis praefertur. Litigant hac de quaestione iurisconsulti. Quum *Georg. Adam. Struuius*, *syntagm. iuris civil. ex 1. thes. 69.* nostrae sententiae adhaeret: ab ea discedunt *Peter. Mullerus* ad *Struv. loc. mem.* et *Sam. de Cocceii iur. controuers.*, *prol. quaest. 6. p. II.* et quidem ille, quod institutiones post codicem compositas esse ideoque posteriorem principis voluntatem continere putat; hic autem, quod L. 9. C. *de fideicom. hered.* (7, 4) derogari credit per *tit. I. qui testamento tutores dari possunt* (1, 14.) merito tamen animadvertere debemus, priorem iurisconsultum, dum haec profert, haud codicem repetitae praelectionis intelligere videri; sed codicem Iustinianum primum, qui iam amplius non exstat. Vel minimum paullo de codice repetitae praelectionis communem adoptat sententiam eumque derogare institutionibus tradit. [Nec minus *S. de Cocceji* institutiones non nisi codici primo Iustiniano praefendas esse censet, codicem vero repetitae praelectionis institutionibus derogare putat].

§. VI.

§. VI.

Quinquaginta decisiones digestis praeferruntur.

Concludimus id partim ex eo, quod sint in codice relatae, cuius, ut supra demonstrauius, leges digestis existant iuniores; partim ex fine, ob quem decisiones Iustinianus vulgavit. Quum factum id est ob controuersias veterum iurisconsultorum, quorum vestigia irrepererunt in digesta, merito quoque praeferrenda sunt digestis. Plerique iurisconsultorum nobiscum consentiunt: sunt tamen, quibus aliud placet, quod ante digestorum promulgationem sint sancitae, videlicet *Struvius*, exerc. 1. thes. 69. *Ludwellus* diss. de quinquaginta decis. in eius exercitationibus ad ius Iustinian. Altorfi 1663. editis ac *Georg. Franzhii*, proem. dig. num. 14. sq.

§. VII.

[Quae in eadem iuris ciuilibus parte inveniuntur antinomiae, nisi manifesta sit legislatoris voluntas ius antiquum corrigendi, per diuersitatem temporum solui nequeunt.

Quamquam Iustinianus imperator contraria in Digestorum et Imperialium constitutionum Codicibus inueniri neget, *Const. Tanta circa* §. 15. illarum tamen collectionum conditores imbecillitate ut ipse ait Imperator humana, vel ingenii mortalis exiguitate non semel lapsos esse neminem fugit. Quid autem, ubi ambigui quicquid occurrat, iudicium requirat officium, §. 21. allegatae con-

constitutionis definitur. Ad legislatorem enim referendum, et authentica interpretatio petenda, vel ex sana ratione primisque scientiae legitimae elementis decisio quaerenda. Temporis autem rationem in soluendis huius modi dissonantiis minime habendam esse, vel eo probatur, quod Imperator ea, quae in veteribus non bene posita vel minus recte scripta inueniantur, reformari, imperfecta repleri, superuacua rescindi, legesque quae iam in defuetudinem abiissent, nullo modo in digestis poni iussit. Multa enim et maxima, cum in veterum iurisconsultorum libris propter utilitatem rerum transformata sint, nec principalibus constitutionibus Iustinianus parcendum esse putasset, naturalis ratio suaderet, vnam omnibus tribuere auctoritatem, etiamsi Imperator, vt quicquid ibi scriptum est, ex sua voluntate compositum appareat, non expressis verbis sanxisset. *Const. Tanta circa: de confirm. Dig. §. 10.* Falluntur itaque, qui fragmenta recentiorum Iurisconsultorum antiquioribus praeferrunt, videlicet *Glück Ausführliche Erläuterung der Pand. t. I. p. 420. (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des R. R. Leipz. 1801. p. 8. et Fr. Schömann Handb. des Civ. R. t. I. p. 1—12.* Nobiscum faciunt *Lauterbach in Colleg. theor. pract. Proh. §. 4, Mercerus in Conciliat. leg. Thibaut System des Pand. R. §. 35.* Conferenda quoque, quae *Autor in notis ad Eckardi Hermeneut. iur. L. I. c. I. §. 43.* proposuit].

§. VIII.

Authenticae solum vim legis habent, quatenus sunt receptae.

Quae-

Quaecunque scriptura non proficiicitur ab imperante, illa non obligat; nisi sponte recepta est voluntate eius, qui legum ferendarum habet facultatem. Ex historia iuris discimus, authenticas solis a iurisconsultis esse compositas; neque ab imperantibus confectas eandemque ob causam merito statuimus, illas solum valere, quatenus sunt receptae. Nobiscum consentiunt *Conr. Rittershusius*, *exposit. nouellar.* p. 33. *Lud. Menke gymnasio pol. iuris*, p. 45. *Io. Sal. Brunquelius*, *hisor. iuris part. 2. cap. 10. §. 14.* *Io. Aug. Bachius*, *libr. 4. hisor. iur. cap. 1. §. 18.* et *Io. Ern. Iust. Müller*, *obseruat. practicar. ad Leyseri meditat. tom. 1. fascic. 1. obs. 7. p. 40.* [*W. A. Lauterbach*, *Coll. th. pr. Prol. §. 5.* *Chr. G. Hoffmann hist. iur. p. 331.* *Ch. G. Haubold Praecogn. iur. rom. §. 16. n. 2.*] Quoniam authenticae nouellis iuniores sint atque in corpore iuris inueniuntur, [eas simpliciter valere, imo Nouellis unde desumptae sunt praefendas esse] existimant: *Paull. a Castro*, in *auth. res quae C. comm. de legat. num. 4.* *Christ. Besoldus*, *de libr. iur. cap. 5.* *Io. Strauchius*, in *Irnerio non errante cap. 2. thes. 7. ac Aug. Leyserus*, *spec. 5. cor. 1.* quibus iungas *Io. lac. Schertzius* *diff. de authenticarum auctoribus et auctor.* Argent. 1753. in *C. F. Zepernick biga libellorum authenticas illustrantium*, p. 327. [et *I. Vlr. de Cramer Obs. iur. vniu. t. 4. obs. 1043*] [Authenticas ceterum non usu tantummodo ac obseruantia receptas, sed a Lothario II. aut a Friderico I. expressa sanctione legisque autoritate donatas esse antiquiorum nonnulli putarunt: *Fr. Balduinus* in *Prothectoria ad Nou. Io. Mar. Suarezius* in *Notitia Basilic. Io. Strauchius l. c.* Recentiores vero iisdem, quia

quia non glossatorum opiniones et infausti saepe labores, sed ius ab Imperatore Iustiniano compositum in Germania receptum sit, omnem denegant auctoritatem, easque saltem, quatenus cum Novellis fonte sua conveniant valere docent *S. de Cocceii iure ciu contr: prol. qu. 3* ibique *Emminghaus, A. D. Weber Reflexionen z. Beförd. einer gründl. Theorie vom heut. Gebr. des R. R. p. 45. Glück Ausführl. Erläuterung der Pand. t. I. p. 337. Thibaut System des Pand. R. §. 35.]*

§. IX.

Etsi non negandum sit, pluribus vitiis laborare versionem nouellarum authenticam; illa tamen publicam habet auctoritatem atque in foro textui graeco praeferenda.

Nouellae solum nos obligant, quatenus sunt receptae. Earum versio saltem est recepta eademque ob causam ea quoque in locis, in quibus a graeco dissidet textu, praeferri debet graeco textui. Aliud statuit *Sam. de Cocceii, iur. controuerso, proleg. qu. 4.* quod versio et quidem priuata sit: neque minus satis vitiosa; nostra autem sententia placuit *Petr. Mullero, ad Struv. th. 69* quocum iungendus est *Aemil. Ludov. Homberg zu Vach, diss. de nouellarum constitutionum imperatoris Iustiniani lingua originaria et vulgatae earum versionis auctore atque usu in foro, Marburgi 1741.* [Ita vel plurimi Iurisconsultorum, versionem vti dicunt vulgatam in Germania esse receptam, et, nisi ex promulgatione tamquam authenticam, tamen ex receptione solam valere, textuique graeco praeferendam censentes. Quod placuit inter alios: *Io. Sal.*

Sal. Brunnuell Hist. iur. p. 2. c. 12. §. 13. C. Cph. Hofacker Princ. iur. ciu. t. 1. §. 49. L. 1. T. Höpfner Commentar üb. d. Heinecc. Institutionen §. 12. Sed ex fortissimis rationibus alia docent et ius iustinianum, non barbaram atque vitiosam versionem receptam, eamque textui graeco minime anteponendam esse confirmant: *Io. Frid. Hombergk zu Vach in praefat. versionis suae Novellarum, Emminghaus ad Cocceii i. c. t. 1. p. 9. I. L. E. Püttmann in Miscellan. iur. c. 22. p. 207. A. Conr. Stockmann ad Bachii histor. iurispr. rom. p. 585. Glück ausführliche Erläuterung der Pand. t. 1. p. 348.* Opinionem olim satis communem, versionem istam vulgatam ipsi Iustiniano tribuendam seu authenticam esse, profligarunt, eamque quamvis glossatoribus antiquiorem, tamen Iustiniano recentiorem ostenderunt supra laudatus *Aem. L. Hombergk zu Vach; Ritter ad Heinecc. hist. iur. p. 1. p. 397. aliique.*

§ X.

Nouellae Leonis in foro nullam habent auctoritatem.

Illam ipsis ideo denegamus, quod nunquam sint receptae; sine receptione vero illae, tamquam leges peregrinae, istam attingere haud potuerunt. Qui aliud statuunt, prouocare solent ad *non. 39. de testamento prodigi: nou. 77. de poena falsi: nou. 18. de poena conuentionali, sponsalibus adiecta: nou. 93. de repudio sponsae, stuprum ab alio passae: nou. 51. de thesauris: nou. 98. de coniugio eunuchorum prohibito.* Quum in his eminet *Casp. Achatius Beckius de nouellis Leonis philosophi earum.*

earumque usu atque auctoritate, quae lucem primum adspexit *Ienae*, 1726. ac denuo cura *Carol. Frid. Zepernick* recusa est *Halae*, 1779. ipsis repugnant *Io. Theoph. Seger* diss. de *Leonis philosophi constitutionum nouellarum auctoritate*, *Lipsiae*, 1764. ac laudatus *Zepernick*, in coniecturis, quibus ex causis nouellae *Leonis sapientis in Germania receptae dici nequeant*, editioni *Beckianae* commentationis ab ipso procuratae, adiectis, p. 403. Iis nuperrime accessit *Christ. Frid. Glückius* *Ausfuhr. Erläuterung der Pandecten*, tom. 1. libr. 1. tit. 2. p. 374. ac *Franc. Ios. Hartleben*, *medit. in pandectas*, vol. 1. part. 1. p. 95.

§. XI.

Licet pandectarum exemplum Florentinum haud sit codex ille authenticus, quem Iustiniano Tribonianus obtulit; neque sit norma, a qua nullo modo interpretandis atque emendandis digestis iurisconsultus possit deflectere; maxime tamen probabile est, ab illo omnia digestorum exempla, quae exstare scimus, dimanasse.

Tribus constat membris propositio haec. Ante omnia euidenter demonstrari potest *primum*. Si 1) authenticus esset codex, non possent deprehendi in isto eiusmodi lacunae, quae ab ipsis scribis proficiscuntur: illae autem, uti non est negandum, in codice hoc inueniuntur. Quum 2) omnia scribendi compendia a Iustiniano sunt prohibita, cogitari nequeunt in ipso hoc codice, qui imperatori est oblatus; illa autem in libro hoc, qui iam Florentinum ornat palatium, occurrunt, uti *Brenemannus*,

mannus, histor. pandectar. libr. 2. cap. 3. p. 117. fatetur. Eo 3) accedit, quod loca comprehendat, in quibus lectio aliorum codicum longe maiorem consequitur similitudinem veri; quo vero, quaeso, pacto id cogitari posset, ubi codex Florentinus codex esset authenticus? Si hoc certum est; neque vlllo modo negari potest *membrum secundum*, propterea quod reuera itaque descriptus est codex Florentinus ex alio, ideoque in illum vitia incuria libreriorum irrepere potuerunt; simili autem ratione plura argumenta proferuntur, quibus sententia nostra munitur in *membro tertio* proposita. Primarium 1) sumitur ex traiectione quinque ultimarum eius paginarum. Ita sunt compactae, ut earum prima, secunda ac quinta recto loco sint positae; secundam autem sequatur quarta et huius locum occupet tertia. Turpiter folia haec esse commutata ac transposita, statim adparet, si quodlibet eorum in locum, quem jure quondam tenuit, restituamus et quibus contigit, ipsum hunc codicem inspicere, ii quoque deprehenderunt vestigia illius falsae conglutinationis harum membranarum, quae vitium hoc peperit; illud tamen irrepsit in omnes codices, eiusque rei locupletissimi exstant testes. Prouocant porro 2), qui eandem fouent sententiam, ad ordinem titulorum, quos continet liber trigessimus septimus. Legitur in codice Florentino post titulum de dotis collatione titulus de *ventre in possessionem mittendo* (37, 9.) huncque sequitur titulus de *coniungendis cum emancipatis liberis*. Conueniunt iterum, obseruante *Ant. Augustino libr. 1. emendat. cap. 1.* hoc in ordine titulorum omnes codices; illum tamen ordinem haud eum esse, qui placuit Triboniano, colligitur partim ex

nota in margine adiecta; partim ex ordine edicti perpetui, cuius vestigia reperiuntur in *L. 1. in princ. D. de ventre in possess. mittendo* (37, 9) Erroris huius auctores librarios fuisse, qui codicem Florentinum descripserunt, ex nota modo memorata constat; nihilo tamen minus in omnibus codicibus commissus est. Aliud argumentum 3) capitur ex quatuor vltimis capitibus, tit. *D. de usurpationibus*, (41, 3.) quae in reliquis codicibus *titulum pro soluto* conficiunt, quoniam in margine libri Florentini duo haec verba: *pro soluto* legantur haecque eo in loco conspiciantur, quem modo laudatae leges occupant. Simili ratione 4) non recte sese habet ordo quinque priorum legum, quae continentur in tit. *de manumissis testamento* (40, 4.) in codice Florentino. Erroneum esse docuit *Augustinus*; eundem tamen reliqui conseruant. Idem prouocat 5) ad verba quaedam a glossatore *L. 1. D. vnde leg.* (38, 7.) adiecta et in omnibus codicibus repetita, ac tandem 6.) ex lacunis, quae tit. *de bonis damnator ac tit. de interdictis, relegatis et deportatis* (48, 20.) inueniuntur, quasue *Contius* non nisi ex libris iuris Graeci supplere potuit, idem demonstratur.

Quantum scio, *Ang. Politianus* vnicus fere est, qui *libr. 10. epist. 4. et miscellan. cap. 41.* existimaret, codicem Florentinum esse authenticum hocque solum ipsius ex vetustate concludit; ea vero de quaestione, quam tetigi in *membro tertio*, acriter viri celeberrimi disputarunt. Factum id est iam antiquiori tempore, vt monstratum a me est praefatione, *Leop. Andr. Guadagni disquisitione de Florentino codice, Ien. 1754.* praemissa: recentiore
aetate

aetate autem lis est renouata, postquam consilium ceperat *Brenemannus*, pandectas Florentinas edendi et eandem ob causam *historiam pandectarum*, *Lugd. Bat.* 1722. in lucem emiserat Supersedeo recensenda ipsa litis huius historia atque lectores ad supra memoratam praefationem ablego; moneo tamen, modo laudatum *Brenemannum*, *histor. pandectar. libr. 3. cap. 4.* et *epistola ad V. C. Franciscum Hesselium*, *Trai. ad Rh.* 1735. et *Leop. Andr. Guadagni laudat. libello*, qui primum in *Anton. Franc. Gori symbolar. litterar. decad. 2. vol. 4.* in lucem prodiit et a me denuo iuris publici factus, mecum consentire; *Christ. contra Gottl. Schwarziū diff. an omnia pandectarum exemplaria, quae adhuc exstant, a Florentinis manauerint*, *Altorf.* 1782. *Guidon. Grandi epistola de pandectis ad Ios. Aueranium*, *Pisis*, 1736. et *Christ. Vlric. Grupen, obseruat. rerum et antiquit. Germanicarum obseruat. 16. p. 285.* aliam in sententiam discedere. [Quibus iungendus *Thibaut. Ueber und wider die gewöhnlichen Begriffe in Ansehung der verschiedenen Ausgaben der Pandecten und Novellen in eiusd. Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts vol. 1. n. 14.*] Vt eam corroborent, prouocant ad testimonium *Accursii*, quo restorationis quidem iuris Romani, minime tamen codicis Florentini meminit: distinctionem inter *litteram Pisanam* ac *communem*: auctoritatem a librariis codicis Florentini editioni vulgatae tributam: praestantiam quarundam lectionum editionis vulgatae: diuersitatem nominum iurisconsultorum, quae inter Florentinum codicem atque alios reperitur: alios codices, qui iam ab antiquissima aetate exstiterunt ac me-

rita quorundam iure de Romano ante inuentionem
codicis Florentini. Ceterum hoc dicendi argumen-
tum copiosius exposui *not. ad Eckhardi hermeneu-
ticam iuris, libr. 1. cap. 11. §. 74. p. 75.*

CAPVT SECVNDVM

DE

LEGIBVS EARVMQVE SPECIEBVS.

§. I.

ETSI is, qui legem adlegat, eam promul-
gatam esse monstrare debeat, vbi eius aduersa-
rius illud negat; haud tamen ipsum, si legis
scriptae ad observantiam prouocat, illam pro-
bare oportet.

Priorem propositionem *August. Leyserus spec.*
7. med. 1. ex L. 14. de contrah. et committenda
stipulat. (8, 38.) negat, quum eam praesumptionem,
quae hac in lege de contractibus est introducta, ad
leges extendi posse, persuasum habeat; verum enim-
vero

vero contrariam sententiam ideo adoptamus, quod qui factum adlegat, regulariter illud probare debeat atque inter facta quoque numeranda sit promulgatio legis. Nobiscum consentiunt *Dav. Mevius, consil. 54. Franc. Ios. Hartleben, meditat. ad pandect. spec. 8. med. 1. §qq. 10. Bernh. Christ. Eichmann in der Erklärung des bürgerl. Rechts, tom. 1. p. 55. Christ. Frid. Gluckius, Ausführl. Erläut. der Pandecten, tom. 1. p. 136. ac Io. Ern. Iust. Mullerus obs. pract. ad Leyseri meditat. tom. 1. fasc. 1. p. 63.* [Ita quoque *Thibaut System des Pand. R. §. 24.* qui quidem diversa valde et incommiscibilia, promulgationem et publicationem commiscere videtur. Promulgatio enim, cum sit declaratio voluntatis legislatoriae, quae proprie legem facit, eique vim tribuit subditos obligandi, ubi de ea iustis ex causis dubitatur, ab allegante procul dubio probari debet; publicatio autem, per quam cives de lege rite promulgata certiores fiunt, praesumenda est. Nec ipse *Leyserus*, si necessariam hanc distinctionem non negligamus, ab auctoris sententia alienus, cum de modo publicationis tantum pugnet et legem non quolibet oppido vel pagulo affigendam aut praeconis voce proclamandam esse, contendat. Nec quae de promulgationis et publicationis ritu et effectum inter *Codicis Napoleonsi* conditores disputata sunt, apud *I. G. Locré Esprit du code Napoleon t. 1. p. 115. §qq.* aliosque, legisse poenitebit] Neque vero minus certa est propositio posterior. Quod enim 1) praesumptione iuris firmatur, illud haud probari debet; observantia autem legis scriptae semper praesumitur. 2) Qui observantiam legis adlegat, reuera eam legem abrogatam esse negat ideoque propositionem negantem profert; ista

ista vero probatione haud indiget. Aliud statuunt Io. Schilterus, *prax. iur. Roman. exerc.* 1. §. 10. p. 5. Bened. Carpzovius, *decis. illustr. part.* 2. dec. 101. num. 15. p. 191. sed mecum consentit Io. Henr. Bergerus, *oecon. iuris*, libr. 1. tit. 1. §. 17. not. 5.

§. II.

[Negotia, perfecta quidem, sed nondum consummata vel finita, noua lege omnino reguntur.

Novam legem, nisi meram contineat iuris veteris interpretationem ad facta praeterita non esse reuocandam, naturalis ratio et expressa Imperatoris sanctio, *L. 7. C. de legibus* (1. 14.) docet. Quae autem negotia pro praeteritis habenda sint, ex §. 23. *Const. Tanta circa. De confirm. Dig.* cognoscitur, qua nimirum ea tantum, quae vel iudiciali sententia finita, vel amicali pacto sopita sunt, novarum legum applicatione resuscitari vetantur. Idem statuit Imp. Iustinianus *L. 17 C. de fide instrum.* (4. 21.) *L. 27. C. de usuris* (4, 32.) *L. ult. C. de pactis pignorum* (8, 35) aliisque, et cum *L. 23. §. 8. C. mandati* (4, 35.) contrariam amplecti videatur sententiam, rationem, ne acerbius aliquid admittere dicatur, addit, sicque exceptione regulam confirmat. Qualis autem sit legis novae in negotiis, perfectis quidem sed adhuc pendentibus, et consummatione nondum finitis, vis et effectus, ex natura legis atque negotiorum diiudicandum erit. Lex enim simpliciter prohibitiua conuentiones contrarias, tempore lationis nondum adimpletas infirmat, ita vt nulla quidem actio ad id quod lege

lege prohibitum est competat, reliqua autem iura et obligationes contrahentium salua maneant. Sic in criminalibus lex quae mitiorem antiquo iure poenam statuit iis quoque, qui antea deliquerunt, etiamsi condemnati, nondum vero sententiam passi sint, prodesse debet. Nec obstat *L. 1. D. de poenis* (48, 19.) vtpote quae non de iuris, sed de reorum conditionis mutatione loquitur. Dissentiunt et novam legem ad negotia perfecta, quamvis nondum consummata applicari debere docent: *Thibaut System des Pand. R. t. 1. p. 25. Cocceii iure contr. l. 1. tit. 3. qu. 9. ibique Emminghaus; Schöman Erläuterung der Civilgesetzgebungen Napoleons n. Iustiniens 1808. p. 19. nobiscum autem faciunt Glück Ausführl. Erläut. der Pand. t. 1. §. 21. p. 138. N. Th. Gönnér, Archiv für die Gesetzgebung und Reform des jurist. Stud. vol. 1. n. 10. p. 148.]*

§. III.

Scriptura haud facit ius scriptum eandemque ob causam scriptum cogitare possumus, quod litteris non est mandatum ac non scriptum, quod omnino in scripturam est redactum.

1) Ait *Pomponius L. 2. §. 5. D. de O. I.* (1, 2.) ius, quod compositum sit a prudentibus, sine scripto venire, neque §. 12. distinguit, vtrum prudentes legum interpretationem litteris mandaverint, an id haud factum sit; sed generatim refert ad ius scriptum, quod per eiusmodi interpretationem sit introductum. Si porro 2) omne id, quod moribus et consuetudine est inductum, legibus scri-

scriptis sit opponendum, non reddit scriptura ius scriptum, propterea quod quoque istud litteris designari potest; verum enim vero prius clare traditur in *L. 32. D. de legibus. (I, 3.)* Neque vero minus 3) idem confirmat *Hermogenianus*, ubi *L. 35. D. de legibus (I, 3)* opponit scripta iura iis, quae longa consuetudine sunt comprobata. Quibus aliud placet, argumenta, quibus sententiam suam muniunt, ducunt partim ex origine denominationis; partim ex iis, quae tradit *Iustinianus §. 3. I. de iure nat. gentium et ciuili. (I, 2.)* Eorum sententia inuenit fautorem in *Hofackero, princip. iur. ciuil. Rom. germanici, tom. I. §. 102.* nostra autem ea est, quam communis adprobat doctorum schola. Huic [*I. Ortow, Wesslenberg princ. iur. sec. ord. Dig. L. I. tit. I. §. 77.*] *Sam. de Cocceii, iur. controuerso libr. I. tit. 3. qu. 2. p. 44. et qu. 13. p. 53.* ac *Christ. Frid. Gluckius Ausführl. Erläuterung der Pand. §. 82., tom. I. p. 431.* adhaerent. [Conferendus tamen *Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 10. et Ejusd. Versuche t. I. n. 7. t. 2. n. 13.*]

§. IV.

Priuilegium princeps concedere sine dubio potest cuidam, licet alteri id iam concesserit, sine omni discrimine.

Si verum est, uti est, priuilegium esse legem atque omnia ea de priuilegio valere, quae valent de legibus, generatim spectatis, propositio haec extra dubitationem est posita. Haec est sententia *Sam. Strykii diff. de iure priuilegiati contra priuilegiatum*

uilegiatum, cap. 1. num. 14. Io. Balth. Wernher, tom. 1. obs. for. part. 1. obs. 87. Leonh. Henr. Lud. Georg. Cannegieffer, decis. Cassel. summ. appellat. senatus, tom. 1. decis. 38. ac Aug. Leyseri, med. ad pand. spec. 10. med. 4. [Ch. F. Glück Ausführl. Erläut. der Pand. §. 104. t. 2. p. 13.] ab his autem discedunt, qui regulam hanc vel minimum eo in casu, vbi pactum cum priuilegii concessione coniunctum, falli putant ob obligationem principis, pactum hoc seruandi, cum Nic. Hier. Gundling, iur. naturae gent. et ciuil. cap. 12. §. 45. Nic. Christ. L. B. de Lyncker, cent. 7. dec. 644. Iust. Henning. Boehmerus cons. et decis. tom. 1. part. 2. resp. 3. et Io. Ern. Iust. Müllerus, obs. pract. in Leyser. meditat. vol. 1. spec. 1. obs. 43. p. 172.

§. V.

Si duo conueniunt priuilegia, quae sibi repugnant, priuilegium recentius antiquiori praefertur.

Non minus hoc constat ex eo, quod priuilegium species sit legis ac quod de posterioris legis praestantia valet, id quoque ad priuilegia adplicare debeamus. Pugna hac de quaestione est potissimum inter Aug. Leyserum, med. ad pand. vol. 1. spec. 10. med. 11. ac duumuiros, qui recentiori tempore summi huius viri opiniones trutina quadam examinare conati sunt, videlicet Franc. Ios. Hartleben, med. ad pandectas, spec. 12. med. 5. ac Io. Ern. Iust. Müllerum, loc. memorat. p. 183. quum ea, quae Leyserus profert, haud probant; ipsi tamen haud conueniunt. Quum Leyserus

serus praesidium, quo opinionem suam firmat, in *L. 7. C. de pree. imp. offert* (1, 19.) ac *L. 4. C. de emancipat.* (8, 49.) ponit, hi potissimum dissentiunt ob differentiam, quae inter priuilegia ex pacto deriuanda atque ea, quae mere ex gratia indulgentur, locum habet. [Auctoris partes sequitur *Dan. Nettelbladt Syst. elem. jurispr. posit. Germ. §. 403.* contrariam vero sententiam defendit *Glück Ausführl. Erläut. der Pand. §. 105. c. t. 2. p. 21.*]

§. VI.

Priuilegium personale intuitu praedii restrictum, eius alienatione a priuilegiato facta euanescit; neque ipso iure reuiuiscit, si priuilegiatus illud denuo sibi acquirit.

1) Quod semel extinctum est, reuiuiscere nequit; penitus autem eiusmodi priuilegium est extinctum. 2) Ad iura renunciata non datur regressus, secundum regulam satis notam; renunciatio priuilegii autem cum alienatione omnino est coniuncta. Mecum consentit *Io. Iust. Ern. Müllerus, obs. pract. in Leyseri. meditat. vol. I spec. fasc. I. obs. 52. p. 194.* sed aliam fouet *Leyserus* sententiam, *vol. I. spec. 9. med. I.* quoniam non; nisi morte priuilegiati eiusmodi priuilegium expirat.

§. VII.

Priuilegium, licet solum in praeiudicium tendat principis, extensius haud semper est interpretandum.

1) Pri-

1) Priuilegium est lex; illa autem eius ex ratione interpretanda est, siue eam extendat, siue restringat. 2) Secundum *L. 35. pr. C. de inoff. testam.* (3, 28) priuilegia ita sunt explicanda, vt, quantum fieri possit, conformia existant iuri communi. 3) Priuilegium contra legislatoris voluntatem explicari nequit; illud vero fieret, vbi omni tempore extendi posset priuilegium ad casus, qui in eo haud continentur. 4) Si principis est, definire, *quem modum beneficii sui esse velit*, teste *Celsio, L. 191. D. de R. I.* merito quoque priuilegium restrictiue interpretari debemus, vbi ex ratione constat, principem ad casus quosdam, qui in priuilegii verbis haud continentur, illud extendi haud velle. Contrarium statuunt ob *L. 3. C. de leg. et constit. princ.* (1, 14.) [*L. 3. D. de constit. princ.* (1, 4) et *L. 2. C. de bonis vac.* (10, 10)] praeter antiquiores glossatores *Car. Tapio, ad cit. L. 3. C. de leg. in rubr. 7.* *Henric. Feldmannus in comm. ad leg. citat. num. 3.* *Bened. Carpzovius, libr. 1. iurisprud. eccles. dec. 217.* *Aug. Leyserus, spec. 10. med 3.* *Sam. de Cocceii, iur. controu. libr. 1. tit. 4. qu. 6.* atque alii; ab iis autem *Sam. Stryckius diff. de priuileg. interpretatione, cap. 4.* *I. H. Boehmerus, de finibus priuileg. regund. c. 2. §. 9. (exerc. ad P. t. 1. ex. 14.)* *Ferd. Ios. Hartleben, loc. mem. et Io. Ern. Iust. Müllerus, obs. pract. in Leyser. meditat. vol. 1. fasc. 1. p. 165.* recedunt. [Quibus accedunt *Glück Ausf. Erläut. der Pand.* §. 99. n. 2. t. 1. p. 561. *A. F. I. Thibaut Theorie der logischen Auslegung* 2 edit. 1806. §. 15 et 19. et *System des Pand. R. t. 1. §. 49 et 51.* Conferendus quoque *Emminghaus ad Cocceii l. c.*]

§. VIII.

Si priuilegium datum est; neque constat, vtrum reale sit; an personale, in dubio illud pro personali est reputandum, siue illud gratuitum sit, siue onerosum.

Quum principale, vti constat, discrimen reperiatur inter priuilegium personale ac reale in eo, quod hoc latius se extendat, quam illud, hocque omnibus rei priuilegiatae possessoribus vtile sit; illud autem vni sit concessum: euident est atque clarum, extendi priuilegium, quod quis in dubio pro reali habere vellet; illud autem haud licet, quoniam, quicquid contra rationem iuris receptum est, seu constitutum, *ad consequentias produci haud debet* L. 14. 15. 16. *D. de legibus* (1, 3.): priuilegium tantum in commodum priuilegiati tendit et potissimum in eiusmodi negotiis contra eum facienda est interpretatio, qui rationibus suis melius consulere debuisset atque clarius loqui, vti ostendere studet *Leyserus, spec. 21.* hancque ob rem alia priuilegia tam stricte solemus explicare, vt, si in priuilegio mixto heredes, ad quos illud peruenire debeat, curate haud sunt definiti, solum sub iis liberos primi gradus intelligamus. Dissentiunt inprimis ob notionem, quam vocabulo *posterorum* subiiciunt, *Sam. Stryckius, diff. de priuilegiolorum interpretatione cap. 1. num. 36. (t. 6. diff. Francof.)* *Sam. de Coccei, iur. controuerso, lib. 1. tit. 4. qu. 4. p. 60.* *Andr. Gailius, libr. 2. obseruat. cap. 2.* ac *Frid. Es. Puffendorfius, obs. iuris vniuersi, tom. 4. obs. 25.* [*Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 30.*] et *Io. Henr. Bergerus, oeconom. iuris, libr. 1. tit. 1. §. 25. p. 28.*

p. 28. distinctionem facit, quae iure non est fundata. *Petr. Müllerus, comm. ad Struu. ex. 2. thes. 29. tom. 1. p. 78. Leyserus, spec. 9. med. 1. iurisconsulti Erfordiensis apud Schorchium in collectione responsorum et sententiarum selectiorum, sent. 271. p. 65. et certo modo Franc. Ios. Hartleben, medit. in pandectas, vol. 1. part. 1. p. 248. mecum consentiunt; huic tamen loc. mem. p. 278. haud penitus placent, quae hac de re a me proferuntur. [Cfr. Gebauer Singularia de priuilegiis. Gott. 1740. §. 17.]*

§. IX.

Priuilegiorum interpretatio doctrinalis locum habet; neque ad authenticam recursus obtinet, ubi super ea lis est orta.

Quicquid valet de lege, valere quoque debet de priuilegiis; quumque ad verum eius sensum respicere debeamus, si ex ea lis sit decidenda, neque ad illum animum aduertere possimus, quem princeps verbis suis ex plenitudine potestatis legislatoriae secundum arbitrium suum, ubi scilicet illam authentice sit interpretaturus, tribuerit: nec id licet de priuilegio. Qui cum *David. Mevio, part. 5. decis. 305. Io. Nic. Hertio tom. 2. resp. 717. num. 1. et Io. Frid. Pfeffinger ad Vitriar. illustrat. tom. 3. p. 1236. aliud statuunt, prouocare solent ad L. 191. D. de regulis iuris ac L. 43. pr. D. de vulg. et pup. substitut. (28, 6.) nobiscum autem consentit Io. Bernh. Christ. Eichmannus in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts, tom. 2. p. 76. cui Io. Steph. Pütter diff. de iure officio iudicis circa interpretationem priuilegiorum iungas. [Stru-*

ben

ben: Unterricht von Regierungs- und Justiz-Sachen
S. 4. 5. 28. Glück: Ausf. Erläut. der Pand. §. 99.
t. 1. p. 555. Thibaut: Theorie der logischen Aus-
legung c. 19. et System des P. R. §. 47. I. H.
Boehmer: de fin. priuil. regund. c. 2. §. 7. Exer.
ad P. t. 1. ex. 14. p. 628.]

§. X.

[*Consuetudo, seu jus moribus constitu-*
tum, neque ex pacto neque ex consensu legisla-
toris tacito, sed ex voluntate populi communi,
factis declarata ac recta ratione fundata subdi-
tos tenet.

Huc fere omnes, quae de consuetudinum intro-
 ductione ac probatione mouentur jurisconsultorum
 controuersiae redeunt. Varias de juris consuetudi-
 narii fundamento extant doctorum opiniones. Ex
 pacto nimirum tacito municipalium seu sodalium
 vniuersitatis cuiusdam consuetudinem, tamquam
 statutum non scriptum, valere, inter recentiores po-
 tissimum docent *Thibaut Syst. des Pand. R. §. 17.*
t. 1. p. 13. et K. Grolmann: Ueber Gewohn-
heitsrecht und Gerichtsgebrauch (im Magazin für
Philosophie des Rechts u. d. Gesetzgebung t. 1. n. 5.
 Attamen, quamuis negari nequeat, statuta particu-
 laria conuentione quoque tacita condi posse, con-
 suetudo vniuersalis, de qua hic sermo est, sua na-
 tura illo modo nequaquam introduci potest. Alii
 igitur, *Chr. Fr. Glück* nimirum, *Ausführl. Er-*
läuter. der Pand. §. 85. t. 1. p. 453. I. N. K.
Guillaume, Abhandl. der Reehysl. a. d. Gewohn-
heit. Osnabr. 1801. 8. Fr. Schöman: Handbuch
des positiven R. t. 1. p. 28. et: Erläut. d. Civilge-
setz-

setzgeb. *Iustinians u. Nap. fasc. 1. p. 25. et Chr. A. Günther Princ. jur. rom. priv. nouiss. t. 1. p. 6.* fundamentum et causam obligatoriam juris non scripti in consensu tacito vel ficto aut supposito legislatoris ponunt. Recte quidem, nisi sub legislatore semper supremum reipublicae magistratum, cui legum ferendarum potestas pacto fundamentalis ciuitatis relicta est intelligerent. At iuris historia, omniumque populorum experientia docet inesse communi opinioni vim quandam maiorem, qua leges scriptae, quae vel ab initio institutis moribusque populi minus conueniunt vel quarum ratio temporum mutatione cessauit, abrogantur et inutiles redduntur. Quare *M. Tullius* non a praetoris edicto, nec a XII. tabulis, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putauit. *De legibus L. 1. c. 9.* Et haec est vera sententia *Iuliani L. 9. §. 1. D. de legg. (1, 3.)* ubi „*Nam quid interest, ait, suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*“ Nec obstat *L. 2. C. quae sit longa consuet. (8, 53.)* cum Imperator non de lege per desuetudinem abrogata, sed de iure nouo constituto, cui quaequae antea usu seruata fuerint neuiquam opponi possunt, loqui videatur. Non autem solus usus sed ratio quoque, quae consuetudinem suavit, eamque confirmat videnda, quia in voluntate populi communi minus id, quod facto et re ipsa declaratum est, quam quod declarari recta ratio iussisset, spectari debet. „*Non enim usque adeo consuetudo suo valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* *L. supra cit. C. quae sit longa consu.* cui

cui accedunt *L. 1. C. cod. Nov. 134. c. 1.* Quae optime exposuit vnus e *codicis Napoleonei* conditoribus, *Cel. Portalis*, qui, *discursu praeliminari*: „*Leges*, inquit, *effectum suum retinent vsque dum vel nouis abrogantur constitutionibus vel de-
suetudine antiquantur. Quem quidem modum, le-
ges tacite abolendi, quoniam non sine periculo ex-
pressis verbis lege comprehendendi posse videbatur,
silentio praetermittendum duximus. Quis autem
est, qui maximam neget vim atque utilitatem con-
sensus illius indeliberati autoritatisque occultae,
quibus sine vlllo reipublicae discrimine seu pertur-
batione, populus de malis ac perniciosis legibus
iudicium ferre, seque contra legislatorum impru-
dentiam, legislatores vero contra semet ipsos de-
fendere videtur.*„]

§. XI.

Neque immemorale; neque longum tempus necessarium est ad introducendam consuetudinem.

Neque tempus immemorale, neque longum requirunt leges ciuiles ad consuetudinem; sed iudicis arbitrio relinquunt ideoque nec vnum, nec alterum est necessarium *arg. L. 1. §. fin. D. de iur. delib. (28, 8.)* Dissentiunt *Andr. Gailius, libr. 11. obseruat. cap. 31.* et *Ioach. Mynsingerus, centur. 6. obs. 31.* atque inter recentiores *Meurerus, in den juristischen Abhandlungen und Beobachtungen, t. 1. p. 113.* propterea quod in iure nostro requiratur *consuetudo inueterata, diuturna et antiquitus probata* [*L. 32. L. 33. L. 35. D. de legg. (1, 3.) v. Ch. A. Günther Princ. iur. rom. priv.*]

priv. nouiss. §. 6.] ac imprimis requiratur vetustas in L. 2. pr. D. de aqua, et aquae pluuiæ arc. (39, 3) Wolfgang. Ad. Lauterbachius, colleg. theoret. pract. tom. 1. p. 71. Sam. de Cocceii iur. controuers. libr. 1. tit. 3. quaest. 12. Bened. Carpzouius, part. 2. const. 3. def. 21. Sam. Stryckius, vsu mod. pandect. §. 12. ac Gerh. Noodtius, commentar. ad dig. libr. 1. tit. 3. p. 15. nostram comprobant sententiam. [Cui subscripserunt quoque Glück Ausf. Erläut. der Pand. §. 86. n. 5. t. 1. p. 463. Thibaut System des Pand. R. §. 19. t. 1. p. 14.]

§. XII.

Ad introducendam consuetudinem vnus actus consuetudinarius haud sufficit; duobus tamen omnino illa induci potest.

Duobus membris constat propositio haec. Prius patet partim ex eo, quod frequentia actuum necessaria sit, vbi de introductione consuetudinis sit sermo, secundum *L. 1. Cod. quæ sit longa consuetudo* (8, 53.) ac *L. 3. C. de aedif. priuatis* (8, 10.) partim quod illa debeat esse *diuturna: inueterata longa consuetudine ac per annos plurimos obseruata*, vti traditur in *L. 32. §. 1. L. 33. et L. 35. D. de legibus* (1, 3.) Neque minus id ex eo probamus, quod, actum a subditis eum in finem susceptum esse, vt norma sit, ad quam alii dirigantur, principemque illum hoc modo comprobare voluisse, prius adfirmare haud queamus, quam si quoque illum alius actus, ipsi similis, eiusue itaque ad normam peractus, sit sequutus. Quoniam secundum *L. 12. D. de testibus* (22, 5) plures iam sint actus, si

C

eorum

eorum duo sint suscepti, hocque si factum, omnia quoque obtinent, quae eiusmodi de actibus requirunt: nec in dubium vocari potest membrum posterius; nihilo tamen minus de vtraque hac propositione quidam iurisconsultorum aliud existimant. Qui cum *Sam. de Cocceii, iur. controuerso, libr. 1. tit. 3. qu. 11. Benedict. Oberhauser, praelect. canon. iuxta titulos decretal. libr. 1. tit. 4. de consuetud. §. 10.* ac quibusdam aliis vnum actum sufficere putant, prouocant ad *L. 14. §. 2. D. de aliment. et cib. leg. (34, 1.)* quoniam eius ex sententia illa alimenta, quae quis tempore mortis praestare solitus sit, sub iis alimentis, quae viuus praestitit, sunt intelligenda; ac ad praeceptum iuris feudalis, rem semel in feudum datam, pro ea esse habendam, quae sit *res in feudum dari, seu infeudari solita*. In duobus haud adquiescunt *Io. Voetius, commentar. ad digesta, tom. 1. libr. 1. tit. 3. §. 29. Gerh. Noodtius commentar. ad D. lib. 1. tit. 3. §. 15. Dav. Georg. Struben, in den rechtlichen Bedenken, tom. 1. p. 309. Lud. Mencke gymnas. pol. p. 46.* atque fratres *Ouerbeck Meditationen über versch. Rechtsmaterien. Band 3. med. 182.* quoniam frequentia non adest actuum, vbi eorum solum duo peracti sunt; mecum autem consentiunt *1. H. Bergerus, oeconom. iuris, libr. 1. tit. 1. thes. 19. p. 10. ed. recent. I. H. Boehmerus, in iure eccles. protestantium, libr. 1. tit. 4. §. 42. P. Müllerus, ad Struuium ex. 2. thes. 20. Io. Schilterus ex. 2. tit. 17. Io. B. Ch. Eichmannus, in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts, tom. 1. p. 374. Ch. Frid. Glückius Ausführl. Erläuterung der Pand. §. 86. tom. 1. p. 454. ac Fr. Jos. Hartleben, medit. in pandectas, vol. 1. part. 1, p. 211.*

[Ne-

[Neque quot actus requirantur lege definiri posse, neque omnia iudicis arbitrio relinqui, sed tantummodo id spectandum esse, an consensus ciuium communis probatus sit, putat *Thibaut System des Pand. R. §. 18. t. 1. p. 14.*]

§. XIII.

Consuetudo solo iudicis testimonio probari nequit.

Qui consuetudinem pro se adlegat, simul quoque eos ad actus consuetudinarios se refert, qui longe ante quam testimonium iudicis sit datum, sunt peracti; istud autem fidem haud habet, nisi factum, de quo testimonium fertur, eo tempore contigit, quo memoratum exhibetur testimonium. Idem sentiunt *Bened. Carpzovius, iurispr. for. part. 2. const. 3. def. 7. et in decis. 3. ac David. Meuius, part. 4. dec. 2.* inter aduersarios autem referimus 1) eos, qui cum *Io. Paull. Kressio specim. iuris ciuil. prol. §. 69.* ob auctoritatem fidei iudicialis ac praestantiam documenti publici ei praesumptionem tribuunt, donec probetur contrarium: 2) ob eandem rationem huic testimonio vim semiplenae probationis cum *Aug. Leysero, vol. 1. meditat. ad pandectas spec. 9. med. 9.* tribuunt vel 3) ideo, quod rationes, cur ea testimonia reiiciantur, quibusdam in casibus cessare putant, ideoque illa in his admittunt, cum *Sam. de Cocceii, iur. controu. libr. 1. tit. 3. quaest. 15. p. 58. Io. Balth. Wernhero, obseruat. for. tom. 1. part. 4. obs. 68. Io. Paul. Es. Reinhardo ad Christinaeum, vol. 4. obs. 68. Frid. Puffendorfio, obs. iur. vniuersi, tom. 2. obs. 366. Georg. Dav. Struben,*

in den rechtl. Bedenken, tom 2. Bed. 59. Ferd. Ios. Hartleben, med. ad pandect. spec. II. med. 13. Io. Christ. Bernh. Eichmanno, Erklär. des bürgerl. Rechts, Th. I. §. 87. p. 489. et Io. Ern. Iul. Müller observ. pract. ad Leyser. meditat. tom. I. fasc. I. p. 41. [Quin, consuetudinem notoriam, et quam iudex propria experientia cognouit, nulla probatione indigere, opinantur Gönner Handbuch des Proc. t. 3. n. 32. §. II. Thibaut System des Pand. R. §. 20. t. I. p. 16.]

§. XIV.

[Consuetudinis probatio regulas probationis communes sequitur; omnia igitur media probandi admittit, nec per se plures quam duos testes desiderat.

Probatio consuetudinis in dubium vocatae per probationem singulorum actuum consensum communem ciuium testantium perficitur. Nulla extat lex, quae in tali causa plures quam duos testes, de veritate singuli facti deponentes requirat. Qui cum *Ant. Fabro Cod. Lib. 4. tit. 15. defin. 14.* decem testium attestatione opus esse putant, ius particulare Galliae a iure communi distinguere obliti sunt. Ibi enim *inquisitiones per turbam* (*enquête par turbe*) olim institutae erant; iudex decem e senioribus eligebat et audiebat, vt eorum depositione consuetudines antiquas cuiuslibet loci cognosceret. Hoc autem iure non vtimur. Idem dicendum est de aliis probationum generibus. Non est cur circa factum proprium, vel etiam tale, quod aduersario notum esse debet, iuramentum deferri non possit, aut cur iudici non sit liberum, ei qui
grauia

grauia protulit argumenta, iuramentum suppletorium iniungere. Dummodo non iudicium de consuetudine, sed factum quod iurans ipse cognouerit, propriae conscientiae testimonio committatur. Dissentiunt tamen, et iurisiurandi suppletorii materiam in consuetudinis probatione deficere contendunt *Struben*, *Rechtl. Bed.* t. 4. n. 163. *Voetius*, *ad Pand. tit. de legg.* §. 33. *Hofacker princ. iur. civ. rom. germ.* §. 125. nobiscum vero consentiunt *Glück*, *Ausführl. Erläut. der Pand.* §. 87. t. 1. p. 490. *Thibaut System des Pand. R.* §. 20. t. 1. p. 16.]

§. XV.

Consuetudo valet, etsi quoque iudicio haud confirmata sit.

1. Si ad legis constitutionem haud requiruntur actus iudiciales, nec requiruntur ad constituendam consuetudinem; prius autem nemo in lege requirit. *Seuerus* imperator 2) rescripto, cuius verba exhibentur *L. 38. D. de legibus* (1, 3.) consuetudinem opponit auctoritati rerum iudicatarum hocque modo euidenter declarat, sine re iudicata istam cogitari posse. 3) Si tandem res iudicata facit ius inter partes, inter quas sententia est lata, profecto non quoque alios tangit; consuetudo autem legis habet virtutem. Vbi tandem de valore consuetudinis iudex sententiam fert, prius haud fieri potest, quam si iam sit introducta, ideoque existat ante rem iudicatam. Qui cum *Io. Henr. Bergero*, *oecon. iuris*, libr. 1. tit. 1. num. 19. ac *Io. Balth. Wernhero*, *part. 9. obs.* 193. aliud statuunt, nituntur effato *Ulpiani*, *L. 34. D. de legibus* (1, 3.)

(1, 3.) [et *L. 3. C. de aedif. priv.* (8, 10.) Eorumque castra quoque secuti sunt *C. C. Hofacker* diss. *de iure consuet.* Tub. 1774. et *Kind Quaest. for.* t. 1. n. 38.] sed nostra sententia iam dudum inuenit fautores in *Andr. Gailio* libr. 2. obs. 31. num. 8. *Dav. Mevio*, ad ius *Lubec. praelim. quaeft.* 7. num. 19. *Paul. Christinaeo*, vol. 4. decis. 187. *Aug. Leysero*, spec. 9. cor. 2. *Io. Vlric. Cramero*, tom. 4. obs. p. 277. *Franc. Ios. Hartleben*, meditat. in *pandectas*, vol. 1. part. 1. p. 215. et *Io. Ern. Iust. Müller* ad *Leyser* vol. 1. fasc. 1. p. 158. [add. *Thibaut System des Pand. R.* §. 19. t. 1. p. 14.]

§. XVI.

Solo non vsu legis consuetudo, ei contraria, non introducitur.

Vbi non adfunt actus consuetudinarii: ibi nec adest consuetudo; vbi autem solus non vsus adest, ibi actus consuetudinarii cogitari nequeunt. Conuenit mecum *Aug. Leyserus*, med. ad *pandectas*, spec. 9. med. 10. verum tamen ei contradicit *Franc. Ios. Hartleben*, meditat. ad *pandectas* vol. 1. part. 1. p. 228. et ad sententiam suam confirmandam prouocat partim ad praeceptum satis notum, secundum quod ea, quae raro fiant, ex *L. 2. 3. 4. et 5. D. de legibus* (1, 3.) non curat praetor; partim ad *L. 32. D. de leg.* atque ad id, quod in legibus poenalibus obtinere videatur; neque minus *Io. Ern. Iust. Müller* obs. practicois ad *Leyseri* meditat. vol. 1. fasc. 1. p. 149. [Videbis, quae supra §. IX^b, protulimus].

§. XVII.

§. XVII.

Communis opinio [doctorum] consuetudinem neque facit; neque probat.

Vbi 1) non adsunt actus, sanae rationi conuenientes, publice certoque tempore, legibus determinato, modo conformi peracti, ibi non adest consuetudo, quum omnia haec de actibus, consuetudinem introducentibus, iuris requirunt interpretes; illud autem cogitari nequit communi in opinione, quum eam, qui proferunt, per id tradita haud exercent. 2) Praecepta eorum ad theoriam pertinent; illa autem a praxi differt eandemque ob rem dici nequit, principem, vbi istis praeceptis sese haud opponit, per id simul ea adprobare atque, vt in praxi recipiantur, velle: 3) communis opinio aliam haud excludit: immo duae simul communes opiniones esse possunt: neque 4) ad certum temporis spatium sunt adstrictae. Ceterum quaestio est quondam vel minimum maxime controuersa. A nobis dissentiunt *Oswald, Hillingerus*, in *Donello enucleat. libr. 26. cap. 2.* *Andr. Gailius, libr. 1. obs. 153.* multis cum aliis, potissimum antiquioribus interpretibus sententiamque suam lepidis profecto argumentis, quod a multis magis quam paucis veritas proferatur: vbi pars maior, ibi maior praesumatur veritas: quin quod communis error sit sequendus, confirmant; nobiscum autem faciunt *Petr. Müllerus, not. ad Stru. tom. 1. exerc. 2. p. 96.* *Hartm. Pistoris libr. 1. quaest. 24. num. 36.* *Bened. Carpzovius, libr. 6. resp. 79.* et inprimis *Sam. de Cocceii, iur. controuers. libr. 1. tit. 3. qu. 16.*

SECTIO PRIMA
DE
IURIBVS ET OBLIGATIONIBVS
EX STATV PROMANANTIBVS.

CAPVT PRIMVM
DE
STATV NATVRALI.

§. I.

MVLIER est ex iurisconsultorum Romanorum sententia homo; neque aliud colligi potest ex *L. 38. §. 5. de poenis* (48, 19.)

Primum membrum liquet partim ex *Caio*, qui *L. 152. D. de V. S.* clare hoc comprobât; partim ex *Vlpiano*, vbi interdictum praetoris de homine libero exhibendo etiam ad feminas extendit, *L. 3. §. 1. D. de homine lib. exhib.* (43, 29.) 2) Loquitur *Paulus* de iis, qui feminae abortionis, aut amatorium poculum praebent *L. 38. §. 5. D. de poenis* (48, 19.) et poenam definit, qua is, qui homicidium simul perpetravit, est adficiendus.

Illud

Illud quum fieri posset cum in muliere, tum eius in partu, vtriusque quidem sub nomine *mulieris*, aut *hominis* mentionem facit, ac per id hominem mulieri opponit; illud autem saltem euenit, quia, si partus in lucem editus haud sit, nondum illius genus constat: ideo generatim sub nomine *hominis* designatur ac per id mulieri est opponendus. Etiam aliis legibus vocabulo hominis *partum* designari patet ex *L. 68. pr. D. de usufruct. (7, 1.)* Qui dissentiunt, *Iac. Cuiacius, libr. 6. obs. 21. et Petr. Wesenbecius, ad tit. D. ad L. Cornel. de sicar. num. 5.* ad supra memoratam legem prouocant.

§. II.

Sub sexu feminino masculinus non est comprehensus.

Pomponius clare tradit, exemplum pessimum esse, feminino vocabulo etiam masculos contineri, eandemque ob causam filiarum nomine filios contineri negat, *L. 45. D. de leg. 2. (31.)* Non sine ratione 2) *Iulianus* tradit *L. 62. D. de leg. 3. (32.)* sexum masculinum femininum continere ac per id haud obscure significat, contrarium haud locum habere; clarius autem idem tradit *Modestinus, L. 31. D. de leg. 3. (32.)* ubi quidem seruis legatis ancillas; minime vero legatis ancillis seruos deberi docet. Aliud statuit *Aug. Leyserus, spec. 13. med. 4.* propterea quod *Ulpianus, L. 195. pr. D. de v. f. (50. 16.)* regulam supra traditam haud semper obtinere putet, ratio legis sit inspicienda et grex ouium hircos quoque complectatur. Eius castra quoque sequutus est *Ferd. Ios. Hartleben, med. ad pandectas, spec. 17. med. 3.* sed nobiscum

consentiunt *Io. Bernh. Christ. Eichmannus*, *Erklär. des bürgerl. Rechts*, tom. 2. p. 282. et *Io. Iust. Ern. Müllerus*, *obs. pract. in Leyseri meditat. vol. 1. fasc. 1. obs. 67. p. 250.* [*Thibaut System des Pand. R. §. 230.*]

§. III.

Qui post decimum mensem mortis mariti eius a vidua procreatur, pro legitimo non est habendus.

1) Excludit *Vlpianus*, L. 3. §. 11. *D. de suis ac legit.* (38, 16.) eum, qui post decem menses mortis mariti natus, a legitima hereditate. Neque minus 2) ex sententia iuris ciuilibis partum ultra decem menses in matris utero haud latere, ex tempore luctus, viduabus praescripto, discimus, quod decem mensibus absolueretur. Licet *Seneca epist.* 63 ideo illud tempus electum esse, sibi persuadeat, quod ante Numam anni spatium decem consisteret mensibus haecque etiam forsitan sit causa, cur generatim per annum virum a vidua esse lugendum, constituerent imperatores *Gratianus*, *Valentinianus* ac *Theodosius*, L. 2. *C. de secundis nuptiis* (5, 9.); longe aliam tamen eius rei rationem adfert *Vlpianus*, L. 11. §. 2. *D. de his, qui not. infam.* (3, 2.) atque eam in turbatione sanguinis, aut, ut illam explicat *Harmenopulus*, libr. 4. tit. 6. §. 16. *feminis*, quae euenire posset, si vidua intra hoc tempus celebrare vellet nuptias, ponit; neque sine iure, ut tradunt *Iac. Cuiacius* lib. 6. *obs. cap. 32.* ac *Gerh. Noodtius comment. ad digest. libr. 3. tit. 2. tom. 2. oper. v. 86.* 3) Dein docet *Gallus*, L. 29. *pr. D.*
de

de liberis et posthumis (28, 2.), vbi formulam nepotes posthumos instituendi praescribit: *si quis nepos in decem mensibus proximis, quibus filius meus moriretur, natus erit, heres esto.* [Addenda L. 4. C. de posthum. hered. instit. (6, 29.)] Haec est sententia communis iurisconsultorum scholae, ex qua *Petr. Müllerum comm. ad Struu. tom. I. p. 100.* nominasse sufficiat atque *Alphonsum a Caranza, de partu, cap. 14. p. 585,* ac *Io. Ern. Iul. Müllerum, obseru. pract. ad Leyser. vol. I. fasc. I. obs. 79. p. 294.* [Add. *Thibaut System des Pand. R. §. 366.*] Ab his discedunt, qui cum *Iac. Cuiacio, de diuers. praescript. tempor. cap. 19.* et *Menochio, de arbitrar. quaest. lib. 2. cap. 89.* inter eos, qui initio vndecimi mensis lucem adspiciunt atque eos, qui postea sunt progeniti, distinguunt [ac ob *nov. 39. c. 2.* partum initio vndecimi mensis editum legitimum putant. Iis assentitur *Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. §. 544. t. I. p. 428.* aliique; sed v. *Püttmann de partu vndecimestri in var. opusc. Syll. n. 12.*]; aliam autem fouent sententiam [et vsque ad finem vndecimi mensis terminum produci posse affirmant]: *Guil. Beustius, part. I. de matrimon. cap. 36.* *Andr. Rauchbar, part. I. quaest. 24.* *Bened. Carpzouius, part. 4. const. 21. def. 15.* et *Aug. Leyserus, spec. 15. med. I. ac diff. de postumo anniculo; seu duodecimestri, tom. 12. meditat. eius a Lud. Iac. Frid. Hoepfnero edito p. 109.* praeter eos tamen *Car. Hann. Fabrotus de partus humani tempore, Parisiis 1651.* est videndus. [*Coccej iure contr. L. I. tit. 6. qu. 4. Codice Nap. art. 313.* decisum est partum, qui post 300. diem a soluto matrimonio editus sit, non esse agnoscendum.]

§. IV.

Ante septimum mensem post celebratas nuptias legitimus partus haud procreatur; qui vero septimo mense in lucem editus, pro legitimo est habendus.

Clare hoc constat ex *L. 12. de statu hom. (1, 5)*, qua *Paulus* receptum esse testatur propter auctoritatem *Hippocratis*, septimo mense nasci perfectum partum, et ex eo concludit, septimo mense iustis ex nuptiis natum partum pro iusto filio esse habendum. Repetit quoque id iurisconsultus *libr. 4. sentent. tit. 9. §. in iurisprudencia Anteiustiniana Ant. Schultingii*, p. 416. ideoque nihil aliud, quam quod supra est traditum, statui potest. Dissentiunt *Matth. Colerus decis. 258. Bened. Carpzovius, part. 3. const. 17. def. 18. Io. Brunnemannus ad L. 4. C. de postum. hered. instituendi*, atque alii, quod foetus per longius temporis spatium in vtero matris ordinarie latere soleant, ante quam ipsi in lucem perfecto edantur modo; sed nostram fouent sententiam *Aug. Leyserus, spec. 15. med. 3. Alphons. a Caranza, de partu, cap. 10. p. 453. et Car. Han. Fabrotus, de iusto partu. exercit. 1. tom. 3. thesaur. iuris ciuilibis Ottoniani, p. 1160. sqq.* quibus hac de re iungas *Sam. de Cocceii, iur. controuers. libr. 1. tit. 6. qu. 3. et Io. Christ. Hartungium, de partu septimestri, Ienae 1690* [Secundum ius nouum Gallicanum maritus non tenetur, partum vitalem ante centesimum octuagesimum diem a celebratis nuptiis editum agnoscere. *Cod. Nap. a. 314.*]

§. V.

§. V.

Praesumptio, partum in nuptiis procreatum esse partum legitimum, non est praesumptio iuris et de iure.

Quum praesumptio haud prius in censum scribenda sit praesumptionum iuris et de iure, quam si non admittat probationem contrarii: non possumus eam praesumptionem, de qua iam loquimur, hunc in numerum scribere; quum certum est, patrem vel tertium posse contrarium probare hocque facto, nec partum esse amplius habendum pro legitimo. Clare hoc docet *Ulpianus*, L. 6. D. de his qui sui vel alieni iuris (1, 6.) ac per id euidenter refutat *Wolffg. Ad. Lauterbachium* colleg. theoret. practie lib. 22. tit. 3. §. 44. qui vel minimum clarius loqui debuisset. *Andr. Alciatum*, de praesumption, reg. 3. praesumpt. 37. *Andr. Gailium*, libr. 2. obs. 97. num. 8. atque alios, qui ob L. 2. §. 9. D. ad l. Jul. de adult. (48, 5.) ac L. 29. §. 1. D. de probat. et praesumpt. (22, 3.) contrariam tenent sententiam. [*Cod. Nap* marito probationem contrariam permittit art. 312.]

§. VI.

Licet partus vocem haud emisit; viuus natus tamen haberi potest.

- 1) Experientia docet, partum quidem viuere, haud tamen vagire et alia vitae exhibere specimina; iis autem datis, pro viuo nato partum habere debemus, etsi vocem non emisit. Tradit id quoque
- 2) claris verbis *Iustinianus*, quum satis notam controuerfiam inter Sabinianos decideret ac Proculianos.

leianos, *L. 3. C. de postum. hered. instituend.* (6, 29) Refert imperator, ex sententia Sabini runpi testamentum, si viuus natus esset posthumus, etſi vocem non emisſerit, atque addit, se eius sententiam laudare. Noſtram tuentur prae aliis *Bened. Carpzouius, part. 2. def. 18. num. 7. Sam. de Cocceii iur. controuerso, libr. 1. tit. 5. quaeſt. 5. ac Gottl. Euf. Oelze, diſſ. de partu vitali et non vitali. Ienae 1769.* aliud tamen placuit *Wolſg. Ad. Lauterbachio* idque, ſine dubio, ideo, quod vox infantis ordinarium vitae eius ſit ſignum. Quibus addas, quae diſſ. *de infante herede*, expoſui. Exſtat illa *tom. 2. opusculor. p. 183.* [Autoris ſententia hodie communis omnium fere doctorum, et in foro ſeruatur. *Glück Ausführl. Erläut. der Pand. §. 115. t. 2. p. 80. Emminghaus ad Cocceji l. c. Ch. A. Günther princ. iur. rom. priv. nov. §. 88. t. 1. p. 69. Thibaut Syſtem des Pand. R. §. 210.* Eadem quoque iure nouiſſimo Galliae adoptata eſt, *art. 725. Cod. Nap.* Solam tamen membrorum palpitationem ad probandam vitam nequaquam ſufficere, ſed alia eaque indubia vitae ſigna v. c. reſpirationem requiri, teſtantur *antores Pandectarum franco-gallicarum (Riſſé Carbray)* ad *art. cit. 725. Pand. franc. t. 6, p. 169.*]

§. VII.

Si partus viuus quidem in lucem procreatur, vitalis tamen non eſt, haud hereditatis capax eſt; neque illam ſuos ad heredes transmittit.

1) Extra omnem dubitationem eſt poſitum, perfectum eſſe debere partum, vbi, hereditatem trans-

mitte-

mittere eum, statuere velimus, quemadmodum haud obscure patet ex *L. 12. D. de statu hom.* (1, 5), partum autem, non vitalem, perfectum esse, merito negamus. 2) Si partus testamentum haud rumpit; nec hereditatis est capax, eamque transmittit: verum enim vero partum non vitalem testamentum haud rumpere, docent imperatores *Diocletianus* et *Maximinianus*, *L. 2. C. de posthumis heredibus instit.* (6, 29), ubi tradunt, *uxoris abortu testamentum mariti non solui*; procreatio autem partus non vitalis est abortus. Tandem id 3) satis abunde constat ex decisione celeberrimae controuersiae inter Sabinianos ac Proculianos, de partu testamentum rumpente, quam debemus *Iustiniano*, *L. 3. C. de posthumis* (6, 29) In illa ita procedit, vt Sabinianorum sententiam, partum viuum natum, si quoque vocem haud emisit, rumpere testamentum, ei, quam ipsorum amplecterentur aduersarii, praeferat: nihilominus tamen certo modo mediam eligit viam; neque in eo acquiescit, quod sit viuus; sed requirit simul, quod partus viuus perfecte natus sit. Tetigisse imperatorem omnino mentem Sabinianorum, ex iis constat, quae *Ulpianus* in libris suis *ad Sabinum* tradit. Eorum particulam deprehendimus in *L. 12. §. 1. D. de liberis et posthumis* (28, 2.) Vsque eo ibi *Ulpianus* vna cum Sabino progreditur, vt quoque partum rumpere testamentum putet, si tamquam integrum animal haud adparuerit, cum spiritu tamen lucem adspexerit; hoc vero modo rationes omnino habuit, cur quoque praeciperet, partum illum simul esse debere perfecte natum. Haud omnibus sententia nostra placet atque ob idem praeceptum *Ulpiani*, quod filius patris testamentum non rumpat, si quoque non integrum animal

animal sit atque ea verba, quibus finit *Iustinianus* L. 3. *C. de posthumis* (6, 29), neque minus propter incertitudinem, vtrum partus vitam continuare queat; nec ne? *Bened. Carpzovius*, in *iurisprudentia forensi*, part. 3. const. 17. def. 18. *Sam. Stryckius*, de *iure sensuum*, diff. 1. §. 4. ac *Io. Henr. Bergerus*, in *oeconom. iuris*, libr. 1. tit. 2. §. 2. in aliam discedunt sententiam; neque tamen minus nostra inuenit fautores suos in *Iac. Mascardo*, de *probat.* vol. 3. *conclus.* 1090. *Sam. de Cocceii*, *iur. ciuil. controuerso*, libr. 1. tit. 6. *quaest.* 3. *Io. Frid. Eisenhardo*, *instit. iuris Germanici priuati*, libr. 1. tit. 1. §. 2. et *Gottl. Euseb. Oelze*, *comment. iuridica*, de *partu viuo vitali; aut non vitali*, praecipue *rat. transmissionis hereditatis*, cap. 2. §. 15. [Nec non *Glück Ausf. Erläut. der Pand.* §. 115. t. 2. p. 83] Tandem mediam ingressus est viam *Franc. Jos. Hartleben*, *meditat. in pandectas*, vol. 1. part. 2. *spec.* 16. p. 1. [*Cod. Nap. art. 725.* autoris opinionem confirmat, et infantes, qui non vitales in lucem eduntur, succedendi inhabiles declarat. Conferendus quoque *Ploucquet: Ueber die physische Erbfähigkeit der Kinder. Tüb. 1799. 8.*]

§. VIII.

Absens haud prius, quam septuaginta anni eius post natiuitatem sunt peracti, ordinarie pro mortuo est habendus; vbi autem eruen- dum tempus mortis ipsius est, eo tempore illum decessisse statuendum est, quo septuagesimum annum compleuit.

Duplicem quaestionem hoc loco decidimus, quarum vtramque maximam in controuersiam vocatam esse

esse constat. Quod ad priorem spectat, quando praesumptio mortis absentis locum habeat? requirimus, septuaginta annos post eius natiuitatem peractos esse; idque ideo, quod terminus hic aetatis humanae est ordinarius: plurimi quidem sunt, qui illum non attingunt, alii eum superant; praesumendum tamen est, hominem ista aetate viuus esse exemptum. Solidum quidem eius fundamentum non est quaerendum in Pl. 90. v. 10. verum tamen in consensu plerorumque doctorum ac iuris collegiorum illud reperitur, e quibus saltim Scabinos Lipsienses apud *Bened. Carpzouium*, part. 3. const. 15. def. 57. *Aug. Leyserum*, spec. 12. med. 5. *Casp. Henr. Hornium*, class. 8. resp. 3. 10. *Balth. Wernherum*, tom. 3. obs. part. 3. obs. 48. nominamus. Illi itaque hac in re nobiscum consentiunt; aduersatur tamen praeter modum dictum *Carpzouium* *Io. Frid. Piclius* (seu *Io. Henr. Eberhard*) *diff. de translatiōe bonorum absentis vel probata morte; vel praesumta demum efficaci*, §. 31. Ab his altera quaestio diuersa est, num, absentem isto demum tempore decessisse, sit statuendum, nec ne? et vtrum eius ad hereditatem vocetur is, qui heres proximus illo existit tempore, quo vita absentis dubia esse coepit eandemque ob causam curator absentis sit constitutus; an ille, qui eo tempore, quo septuaginta anni sunt eius post natiuitatem completi, existit? Statuimus merito posterius, propterea quod 1) si haud prius, quam post lapsum septuaginta annorum mortem praesumamus absentis, necesse est, vt vsque ad hoc tempus eum viuere censeamus. Si quis 2) porro aliam foueret sententiam, hereditatem eius locum habere censeret, cuius vita est incerta ac dubia; verumtamen illud plane prohibitum est, L. 4.

C. de posiliminio reuersis (8, 51.) Quae quamuis ita sese habeant, plerique antiquiores iurisconsulti aliam in sententiam discesserunt, inter quos *Christ. Phil. Richter* us, *decis. part. 1. decis. 65. nr. 7. sqq.* *Bened. Carpzovius* iurisprud. forensi, *part. 3. const. 15. def. 49.* *Nic. Christ. Lyncker* *discept. forens. res. 357. p. 670. respons. ac consil. tom. 1. resp. 5. anal. ad Struu. syntagm. iuris ius. tit. de hereditat. petit. thes. 66. ac decis. 1478.* *Petr. Müller* ad *Struu. tom. 1. exerc. 10. §. 66. p. 656.* *Anton. Faber* *cod. Sabaud. libr. 3. tit. 25. def. 5. ac Dav. Meuius* *part. 2. dec. 13. not. 3. eminent.* Quam potissimum hoc ex *L. 10. et 18. D. de captiuis et posilim.* (49, 15.) argumentari se posse putent atque simul ob defectum probationis vitae supponant, accesserunt iis nonnulli recentiorum iurisconsultorum videlicet *Io. Schilterus*, *ex. 15. thes. 71. sqq.* *Io. Balthas. Wernher* *tom. 3. obs. part. 3. obs. 48.* *Io. Rud. Engau* *de cura absentum, Ienae 1753. p. 2. et decis. ac respons. part. 2. resp. 3. nr. 4.* *Sam. de Cocceii* *iur. controuerso. libr. 5. tit. 3. quaest. 21.* *Io. Henr. de Berger* *responsis, part. 2. resp. 166. nr. 2. p. 290.* *Georg. Henr. Linckius*, *quando absens habeatur pro mortuo. 1727.* *Chr. Lud. Crellius* in *diff. quando curator absentis heredis aequae propinquos a successione excludat.* *Io. Aug. Hellfeldius* *iurisprud. for. libr. 27. tit. 10. §. 1397.* et humanissimus collega, ill. *Io. Lud. Schmidius*, in *denen öffentlichen Rechts-Sprüchen*, *sect. 1. num. 3. p. 15.* verum enimvero alii pro sententia, quam amplexi sumus, pugnarunt. Factum est a iurisconsultis *Tübingensibus*, *consil. iurid. tom. 3. cons. 206. n. 45.* *Aug. Leysero*, *spec. 96. med. 6.* *Ferd. Aug. Hommelio*, *diff. septuagenarius absens factus,*

etus, quando mortuus praesumatur, Lips. 1751. Car. Ferd. Hommelio rhapsod. obs. 107. Dav. Georg. Struben reehl. Bedenken, tom. 3. p. 365. et Frid. Boehmero, iur. controuerso, tom. 2. obs. 99. p. 584. Quum idem existimaret perillustis Io. Chr. Kochius, iurisconsultus Giessensis celeberrimus in auctario, tractatus de successione ab intestato secundae editioni, ann. 1768. in lucem emissae, adiecto p. 68. surrexit Pielius (potius Io. Henr. Eberhard), supra memorata dissertat. p. 51. atque argumenta, quibus Kochius sententiam suam muniuit, refutare studuit; optime tamen sese defendit perill. Kochius, in tertia editione libelli modo laudati, p. 114. [Absentem pro viuo habendum putat, vsque dum centum annorum aetatem non excefferit, S. de Cocceji l. c. ob L. 23. C. de SS. eccl. (1, 2.) L. 56. D. de usufr. (7, 1.) et L. 8. D. de usu et hab. (7, 8.) Cod. Nap. id quodammodo etiam adoptat, cum art. 129. absentem, qui centesimum annum aetatis expleuisset, indistincte pro mortuo declaret. Vide tamen quae de praesumptione et probatione absentiae eiusque effectibus in L. 1. tit. 4. Cod. Nap. art. 112—143. statuta sunt. Ad successionem vocantur, qui eo tempore, quo quis sensu legali absens esse coepit, heredes eiusdem legitimi vel testamentarii existunt.]

CAPVT SECVNDVM
DE
STATV CIVILI.
MEMBRVM PRIMVM
DE
IVRIBVS ATQVE OBLIGATIONIBVS
CONIVGV.

§. I.

Diuisio sponsaliorum in sponsalia de praesenti et de futuro, iure Romano haud est fundata; sed eorum naturae atque indoli prorsus est contraria.

Admodum quidem inter se discrepant hac in diuisione pontificiae religioni addicti ab euangelicis, quum illi sponsalia de praesenti ea sponsalia vocare solent, quibus consensus nuptialis verbis temporis praesentis declaratur, ac per sponsalia de futuro ea intelligunt, quae consensum solum continent sponsalitium: hi autem omnia sponsalia pura sponsalia de praesenti dicunt et conditionata vocant sponsalia de futuro, quoniam *Lutherus*, in libello *von Ehe-Sachen* sponsalia pura cum sponsalibus de praesenti et conditionata cum sponsalibus de futuro comparabat hacque in re a summo viro theologi pariter ac iurisconsulti, purioribus sacris addicti, discedere religioni sibi ducebant. Solum vterque sanctior coetus in eo conuenit, quod sponsalia

salia de praesenti cum matrimonio comparant et ad
 ea adplicare se posse credunt, quicquid de hoc di-
 vino pariter ac humano iure cautum est ac sanc-
 tum; sed neuter ad diuisionem, absurdam profecto
 ac ridiculam, tuendam, prouocare potest ad ius
 Romanum. In illo sponsalia, generatim dicta, se-
 cundum *L. 1. D. de sponsal. (23, 1.)* sunt *mentio*
et repromissio futurarum nuptiarum ideoque spon-
 salia nuptias, futuras supponunt. Quumque acce-
 dat, Romanos vti ab emtione pactum de emendo
 vendendo, ita quoque a sponsalibus distinxisse ma-
 trimonium, hocque non solum ex modo dicta
 definitione sponsaliorum, veterum etiam ex *L. 7.*
9. 14. 15. 16. 17. de sponsal. (23, 1.) euidenter
 discamus: non potuerunt distinguere sponsalia in
 sponsalia de praesenti et de futuro, nisi sibi ipsi
 contradicere voluissent. Dissentiunt *Nic. Christ.*
Lynckerus, anal. ad tit. D. de sponsal. thes. 70.
Vlric. Huberus, libr. 11. digress. cap. 7. atque
Mich. Goth. Wernher, diss. de recta sponsalio-
rum de praesenti et de futuro adplicatione, Vitemb.
1759. hocque ideo potissimum faciunt, quod nec
 iure Romano inter sponsalia ac nuptias verum ad-
 esse discrimen, supponunt; nobiscum autem con-
 veniunt *Christ. Wildvogel, diss. de inutilibus*
sponsaliorum diuisionibus, Ienae 1768. denuo re-
 cusa, ac *Sam. de Cocceii, iur. controu. libr. 23.*
tit. 1. vol. 2. p. 118. [*Hofacker, princ. iur. ciu.*
rom. germ. §. 383. *Günther princ. iur. rom.*
priv. §. 396. *Thibaut System des Pand. R. §. 408.*
et 412. *Iure Napoleoneo* ex sponsalibus ad consum-
 mationem quidem matrimonii agi non potest *Cod.*
Nap. a. 172. ad damni resarcitionem vero is, qui
 sine iure alteri repudium renunciauit, obligatus
 est.

est. *Correspondance du depot des lois* 1808. n. 87. p. III.]

§. II.

Quaecunque conditio, sponsalibus adiecta, est impossibilis, illa vitiat sponsalia.

Si conditio sponsalibus adiicitur impossibilis, vel est physice, vel moraliter talis, haecque vel scopo matrimonii repugnat, vel ei haud repugnat. Conditionem turpem, matrimonii scopo repugnantem, sponsalia vitare, ita in promptu est, ut nulla egeat disputatione: eadem autem ratione reliquas conditionum impossibilium species efficere, ut sponsalia obligandi virtute careant, adfirmamus. 1) Si quis in pactis sub conditione saltem se obligat, effectus obligationis semper suspenditur, donec conditio existit ideoque reuera, si non existere potest, nunquam obligatur. 2) Sponsalia cogitare haud possumus multoque minus effectus ipsis tribuere licet; nisi adsit paciscentium consensus: illum autem adesse, ubi adiiciatur *conditio impossibilis natura talis*, nullo modo adserere possumus, propterea quod qui sub eiusmodi conditione quidquam promittit, nihil agit secundum §. II. *I. de inutil. stipul.* (3, 20.) ac *L. 31. D. de oblig. et act.* (44, 7.) atque ordinarie ille, qui ita consentit, magis dissentit, quam consentit; quis autem adfirmabit id de sponsalibus, quibus adiecta est conditio turpis? Quodcumque pactum, quod inuitet ad delinquendum per conditionem turpem, quam in se continet, est nullum, *L. 27. §. 4. D. de pact.* (2, 14.) Ea sponsalia itaque, quae conditionem turpem habent, non minus nulla sunt, quoniam semper desponsatos allicere

licere possunt ad violandas leges, siue contra substantiam matrimonii pugnent, siue non; ideoque etiam per consequentiam consensus est nullus in eiusmodi sponsalibus. Huic iuri obedire debemus, quamdiu illi per ius canonicum haud est derogatum; sed illud non accidit per famosam legem, *Gregorii IX. in cap. fin. X. de condit. adpos. in desponsat.* (4, 5.) quoniam in illa non de sponsalibus, sed matrimonio ipso est sermo, hocque diuersis ex argumentis probari potest. Dissentiunt multi iurisconsulti catholici ob modo adlegatum textum iuris canonici iisque ex nostratibus adhaerent: *Casp. Zieglerus, not. ad Lancelotum, libr. 2. tit. 10. §. 9. Bened. Carpzovius, lib. 2. iuris pr. ecclesiast. def. 33. Io. Beckstadius de condit. sponsalior. part. 2. cap. 8. p. III. [Lauterbach Coll. th. pr. L. 23. tit. 1. §. 15. 16. 38.]* cum aliis: nobis autem suffragantur *Sam. Stryck de diff. sponsalitio sect. 4. cap. 1. §. 10. et Sam. Cocceii iur. controu. libr. 23. tit. 1. quaest. 7. p. 122. [Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. §. 307. t. I. p. 306. Thibaut System des Pand. R. §. 413. t. I. p. 304.]*

§. III.

Sponsae priuilegium competit dotis, si eam sponso ante celebratas soluit nuptias.

1) Quae priuilegia in dotis fauorem mulieribus sunt data, ea quoque sibi adscribere potest sponsa. Clare hoc docet *Hermogenianus, L. 74. D. de iur. dotium* (23, 3.) qua conditioni, a sponsa ad repetendam dotem institutae, idem priuilegium tribuit, quod competit actioni, quam vxor hanc
in

in rem instituit; generatim autem *Ulpianus* L. 17. §. 1. *D. de rebus auct. iud. poss.* (42, 5.) tradit, aequum esse, si sponsa dedit dotem illamque, ubi nuptiis renunciauerit, repetit, hanc ad priuilegium admitti. 2) Tribuit quidem L. 12. *C. quā potiores in pign.* (20, 4.), si legis huius verba respiciamus, ius reale solum mulieribus; verumtamen veram rationem, ob quam constitutionem hanc datam esse legimus, ita comparatam esse inuenimus, ut haud minus adplicanda sit ad sponfas. Fouet hanc opinionem *Paul. Iac. Feuerlein*, *comm. de priuilegio dotis sponsae competente*, *Helmstadii*, 1742. Aliud placet ob §. 12. *I. de nupt.* (1, 10.) L. vn. §. 1. *C. de rei vx. act.* (5, 13.) L. 12. *C. qui pot. in pign.* (8, 18.) aliasque leges *Sam. Stryckio*, *vs. mod. dig. tit. de tacito pignore* §. 8. p. 599. *Iac. Thomingo decis.* 36. *Bened. Carpzovio*, *part. 2. iurisprud. forensis*, *const.* 24. *def.* 5. *Hartm. Pistorio*, *obseru.* 110. *num.* 7. *Wolfg. Ad. Lauterbachio*, *colleg. theor. pract.* *lib.* 20. *tit.* 2. §. 25. p. 62. *Reinhard.* autem *Bachouius* hac in re ita inconstans est, ut, quum nostram in sententiam discesserit in *not. ad Wesenbecium*, *tit. de priuileg. creditor. num.* 5. *litt.* c. ei tamen repugnare in *vol.* 2. *ad Treutler. disp.* 25. *tit.* 7. *lit.* b.

§. IV.

Si minor contra sponsalia restitutionem in integrum petit, non quidem solum ad aetatem suam prouocare potest; neque tamen ipsi opus est, ut speciatim, se istis in sponsalibus laesum esse, doceat.

Sola aetas minori beneficium hoc haud tribuit; sed distinguere debemus: num sit laesus, nec ne? Priori in casu habet restitutionem, minime posteriori. Quod quum constet ex *L. 9. §. 4. D. de iur. iurando* (12, 2.) extra dubium positum est membrum prius propositionis nostrae; eadem vero ratione alterum certum est. Qui restitutionem contra sponsalia petit, ille haud vult ea consummare, eique sponsalia ipsa laesionem maximam inferunt, quippe quae eius libertatem, aliud matrimonium ineundi, arctissimis limitibus circumscribunt atque ita comparata sunt, vt discors coniugium, quod summum hominis bonum observante *Brouero tract. de iure connubior. libr. 1. cap. 15.* adimit, efficiant. Ita neque cum *Iust. Hen. Boehmero, iur. eccles. libr. 4. tit. 1. §. 13. sqq.* neque cum *Aug. Leysero, spec. 295. med. 8.* facimus.

§. V.

Siue sponsalia minorum sint pura, siue conditionata, contra ea sine dubio restitutio in integrum locum habet.

Vbi 1) fragile et infirmum esse potest minorum consilium et multis captionibus suppositum, neque minus multorum insidiis expositum; ibi contra istas captiones restitutio in integrum obtinet, teste *L. 1. pr. D. de minor* (4, 4.) verum enim vero idem quoque obtinere potest in sponsalibus eademque ob causam non minus contra illa locum habet eiusmodi remedium. 2) Sponsalia referuntur iure ac merito inter conventiones: contra has autem omnino obtinet restitutio in integrum, *L. 7. §. D. de minor* (4, 4.) Vbi porro restitutio quoque

conceditur in negotiis, quae non, nisi difficulter retractari possunt: ea quoque locum inuenit in sponsalibus; prius vero nemo profecto in dubium vocabit, ubi quis ponderat, restitui minores contra rem iudicatam, *L. 1. C. si aduersus rem iudicat.* (2, 27.) atque transactionem; secundum *L. 1. C. si aduersus transact.* (2, 32.) Nobiscum plures iurisconsultorum conspirant, e quibus nominasse sufficiat *Sam. Stryckium not. ad Lauterbachium, tit. de minoribus, p. 83. Simon van Leuven, in censura forensi, part. 1. libr. 1. cap. 2. num. 13. Io. Voetius, in commentar. ad pandectas, libr. 23. tit. 1. Io. Henr. Bergerum, in elect. processus matrimonialis, §. 18. atque Iust. Henning. Boehmerum, diff. de restitut. in integrum contra minorum sponsalia, quae tom. 2. exercitat. ad pandectas, p. 561. exstat ac iur. protestantium ecclesiastico, libr. 4. tit. 1. §. 73. p. 1134. antiquiores autem iurisconsulti illis inprimis aduersantur. Eminent inter illos *Sfort. Oddus, de restitut. in integrum, part. 2. quaest. 59. art. 5. cum ipsius adseclis: qui autem cum ipsis faciunt, restitutionem ideo inprimis contra sponsalia denegant, quod in sponsalibus obligatio sit iuris diuini: contra matrimonium ipsum restitutio denegetur ac cum isto merito comparari possint sponsalia; sponsalia pura sint sponsalia de praesenti atque hoc loco deficiat aequitas, haec vero supponatur in quauis restitutione; neque minus laesio in patrimonio hoc loco cesset atque simili ratione haud concedatur in datione libertatis.**

§. VI.

Sponsalia pura posteriora sponsalibus prioribus conditionatis haud sunt praeferenda.

Vbi quis sub conditione quidquam promittit haecque existit, tempus ita retrahitur, vt statim ab initio pure contraxisse videatur. Assumere hoc merito debemus de eo, qui sub conditione sponsalia celebrat: nonne vero ad tempus respicitur, vbi bina pura sponsalia sunt inita et quaestio in medium profertur, quaenam aliis antecedant? Neque hac in re ob comparisonem quam veteres inter sponsalia ac matrimonium facerent, vna doctorum sententia, vti vel minimum constat ex iis, quae proferunt *Io. Schneidewin, part. I. num. 37. Ioach. Hoppius, comm. ad institut. pr. I. de nuptiis: Io. Brouerus, de connubiis, libr. I. cap. 31. num. 3. Henr. Christ. Stryckius, interesse controuersiar. cap. 3. §. 6.* [Auctoris sententiae subscripserunt: *I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. tit. 1. §. 61. Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. §. 393. t. I. p. 311. Thibaut: System des Pand. R. §. 417. t. I. p. 306. Dissent. Carpzov iur. eccl. L. 2. def. 70.*]

§. VII.

Sponsalibus pure et recte initis, ad consummandum matrimonium agi potest, si quoque biennium illorum post celebrationem haud sit praeterlapsum.

Si generatim certum est atque expeditum, inita conventionem statim agi posse eam ad implendam,
merito

merito quoque id obtinet de sponsalibus, propterea quod inter conuentiones omnino locum obtinent. Aliud docet et quidem ob *L. 17. D. (13, 1.)* et *L. 2. C. de sponsal. (5, 1.)* *Aug. Leyserus, spec. 293. med. 9.* sed refragantur ipsi *Mich. Godofred. Wernherus, in lectiss. commentat. ad digesta, libr. 33. tit. 1. §. 37.* et *Io. Ern. Iust. Müllerus, obseruat. practicis ad Leyseri meditat. tom. 3. fasc. 1. p. 253.*

§. VIII.

Nuptiae impuberum neque iure Romano; neque iure protestantium sunt nuptiae, licet coitu sint firmatae.

Hoc loco iis de impuberibus nobis haud sermo est, qui generare nequeunt, quum nemo iurisperitorum iis adhuc facultatem nuptiarum celebrandarum tribuit; neque vero eorum impuberum matrimonium valet, qui societatem, nuptiis similem, inierunt atque in ea liberos quoque procrearunt. Nam 1) *Ulpianus L. 9. D. de sponsal. (23, 1.)* duplici modo id testatum facit. Nuptiarum ante duodecimum annum collatarum meminit. Sub istis eas non solum intelligit, quae sunt in tempus dilatae, vt contra *Guil. Budaeum, not. ad hunc loc. ac Andr. Alciatum libr. 12. parerg. cap. 7.* tradit *Io. Schilterus, exerc. 36. §. 5.* cum aliis; sed de iis generatim statuit, illas solum esse sponsalia: immo sponsaliorum effectum iis denegat, si illa ipsis nuptiis non antecesserint, licet nuptiae deductione in domum essent consummatae. Idem tradit 2) hic iurisperitus, *L. 32. §. 27. D. de donat. inter vir. et uxorem (24, 1.)*, qua generatim pro-

pronunciat; impuberes nuptias celebrare non posse ac *Pomponius*, ubi scribit *L. 4. de ritu nuptiar.* (23, 2.) minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum expleverit duodecim annos. Si 3) iura eiusmodi impuberum societati effectus matrimonii denegant; neque illam pro matrimonio reputari possumus; illud autem patet ex *L. 68. D. de iur. dot.* (23, 3.) Per-
 spicimus tandem idem 4) ex eo, quod matrimo-
 nium non sit, nisi sit societas; societas vero ab im-
 puberibus iniri haud possit; neque sola procreatio
 sobolis, si quoque ea ab impuberibus peragi posset,
 sufficiat; sed accedere quoque debeat eiusdem edu-
 catio, ab impubere haud exspectanda. Inter eos,
 qui sententiam meam, omnino receptam, adpro-
 bant, referendi quoque sunt *Iust. Henning. Boeh-
 merus, introduct. in ius digestorum, tit. de ritu
 nupt. §. 2. Aug. Leyserus, spec. 297. med. 7.
 et Henr. Brouwerus de iure connubior, libr. II.
 cap. 3. p. 343. iis tamen certo modo repugnare vi-
 detur Frid. L. B. de Wollzogen, diff. de con-
 nubis infantum inter illustres maximo frequentatis,
 Ienae 1724. cap. 3. §. 6. p. 60. [Conf. Hofacker,
 princ. iur. civ. rom. germ. §. 353. t. I. p. 276.
 Thibaut, System des Pand. R. §. 392. t. I. p.
 288. Iure Gallicano nouissimo masculi XVIII. an-
 nis, feminae XIV. annis minores matrimonium ini-
 re prohibentur, eorumque nuptiae tamquam nul-
 lae dissoluendae sunt, nisi vel imperantis dispen-
 satio vel lapsus temporis accedat Cod. Napol.
 a. 144. 145. 184. 185.]*

§. IX.

Nuptiae consobrinorum iure ciuili non sunt vetitae, sed potius permissae.

Constat hoc non solum ex iure codicis, nimirum *L. 19. C. de nuptiis* (5, 4.) verum etiam ex §. 4. *I. de nuptiis* (1, 10.) Prius effatum clare hoc indicare, nemo negabit. Neque vero id de posteriori in dubium vocare possumus. Nam 1) antequam institutionum libri componerentur, *Anastasius*, *L. 19. C. de nuptiis* euidenter id sanxit; eius autem constitutionem ante Iustinianum, aut ab illo, antequam institutiones conscribendas curauit, abrogatam esse, non constat. Merito itaque factum id haud esse praesumere, atque ex eo, idem quoque traditum esse in institutionibus, colligere debemus. 2) Iustinianus quum §. 3. *I. de nuptiis* tradit, neminem posse fratrem, aut sororis neptem uxorem ducere, *quamuis quarto gradu sint*, satis luculenter per id nobis indicat, ordinarie eos, qui quarto gradu consanguineitatis vinculo sunt iuncti, iungi posse; sed illud haud fieri posset, si liberis duorum fratrum; aut sororum matrimonium celebrare haud liceret. Necesse itaque est, vt, posterius licere, statuamus, secundum §. 4. *Instit. de nuptiis*. Opponitur 3) matrimonium consobrinorum nuptiis cum fratris, vel vxoris filia, de quibus sermo est §. 3. *I. eiusd. tit.* Prohibentur ibi illae. Quid quaeso itaque aliud ex eo sequitur, quam vt sit permissum istud matrimonium, quod duos inter consobrinos celebratur? Dissentit inter antiquiores *Theophilus*, quum in *paraphrasi institutionum* §. 3. οὐ γυναικαὶ habet, licet *Carol. Ann. Fabrotus*, in notis editionis secundae

Theo-

Theophili, ab ipso in lucem emissae, p. 48. particulam hanc aliena manu irrepsisse, animaduer-
tat; ex recentioribus autem ob memoratum effatum
Theophili aequae ac *Caium*, libr. 1. instit. tit. 4. §. 6. ac auctoritatem librorum ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, tom. 4. p. 284. *Franc. Hottomannus*, commen-
tar. ad instit. h. l. *Iac. Sirmondus*, quaestione triplici, de §. ducendorum fratrum tom. 4. operum eius, p. 262. ac *Georg. d'Arnaud*, libr. 1. con-
iecturar. cap. 23. ab his autem alieni sunt *Iac. Gothofredus*, diff. de nuptiis consobrinorum, cum opere *Philosorgiano*, ann. 1642. primum edita et denuo in eius opusculis minoribus: *Lugd. Batav.* 1733. recusa p. 609. *Euerard. Otto*, dissert. iuris publici et privati, part. 1. diff. 2. *Io. Guil. Markardus*, receptar. lection. iuris, libr. 2. p. 40. et *Guil. Otto Reitzius*, excurs. ad *Theoph.* 10. art. 6. tom. 2. edit. *Theophilin.* p. 1195. [*Hofacker princ. iur. Rom. Germ.* §. 364. *Codex Nap.* ius civile sequitur, consobrinorum nuptias indistincte permittendo art. 161—164.]

§. X.

Conualescunt nuptiae liberorum, sine parentum consensu initae, per illarum ratihabitionem subsequentem, ea ratione, ut liberi, etiam ante illam procreati, sint legitimi.

1) Si certum est, subsequentem signationem tabularum dotalium efficere potuisse, ut liberi ante eam, in concubinato nati, fierent legitimi hicque pro matrimonio, statim ab initio reputaretur, licet eiusmodi signatio ad solemnia referatur, quibus nuptiae celebrantur, merito quoque de consensu patris

patris subsequente id statuimus, quamvis eam leges praecedere ordinarie velint. Sed prius constat ex *L. 11. C. de natural. liberis* (5, 27.) ac §. *fin. II. de nuptiis* (1, 10.) 2) Omnis ratihabitio retrotrahitur ac confirmat ea, quae ab initio sunt subsequuta, *L. 7. C. ad SC. Maced.* (4, 28.) *L. 16. D. de iudiciis* (5, 1.) *L. 25. C. de donat. inter vir. et vx.* (5, 16.) *L. 1. §. 14. D. de vi ac vi arm.* (43, 16.) *L. 16. §. 1. D. de pignor.* (20, 1.) *L. 12. C. de nuptiis* (5, 4.) solum requirit, ut consensus parentum accedat; ille autem non minus ratihabitione, ubi tempus praeteritum, quam iussu ac auctoritate declaratur, ubi tempus praesens spectamus ac futurum, scite observante *Marc. Lycklama a Nieholt*, libr. 7. *membranar. ecclog.* 18. 4) *Alexander* clare loquitur *L. 5. C. de nupt.* (5, 4.) de nepote, qui in nuptiis sine consensu patris initis ante illarum ratihabitionem, ab eo factam, est procreatus; eum autem ab auo agnoscendum esse statuit, si matrimonium adhuc ratum habet. Aliud placet ob *L. 2. D. de statu hom.* (1, 5.) *L. 13. D. de his qui infamia not.* (3, 2.) *L. 10. §. 6. ad L. Iul. de adult.* (48, 5.) *L. 65. §. 1. D. de rit. nupt.* (23, 2.) §. *pen. I. de nuptiis* (1, 10.) ac *L. 6. C. de nupt.* (5, 4.) *Helfr. Vlrice Hunnio*, *resolut. iuris civil.* libr. 1. tractat. 3. p. 146. *Franc. Hottomanno*, *quaest. illustr.* 9. *Iac. Cuiacio*, libr. 3. *obseru. iuris civil.* cap. 5. *Ant. Contio*, libr. 1. *disputat.* 7. *Franc. Connano*, libr. 8. *comment. iuris civil.* cap. 4. *Arnold. Vinnio*, *comm. ad instit. iuris civil.* tit. de nuptiis, p. 60. *Wolfg. Ad. Lauterbachio*, *colleg. theor. practic.* tom. 2. p. 470. *Henr. Brouwero*, *de iure conubior.* libr. 1. cap. 7. *Io. Henr. Bergero* *resolut. leg. obstant.* p. 528. [Ch. A. Günther princ.

princ. iur. rom. priu. tom. 2. §. 403. n. b.] atque aliis; sed nobiscum conueniunt: *Vlric. Huberus, praelect. iuris ciuil. tom. 1. tit. 3 de nupt. n. 10. p. 29. Christ. Thomafius, diff. de validitate coniugii, inuitis parentibus contracti, §. 18. in diff. eius Lipsiensibus, p. 1190. et Georg. Lud. Boehmerus, in elect. iuris ciu. tom. 1. diff. 16. cap. 1. §. 22. p. 668. [Ita quoque Thibaut System des Pand. R. §. 387. Cod. Nap. art. 183.]*

§. XI.

Consensu patris filia emancipata haud indiget, vbi nubat.

1) Vbi patria potestas cessat, ibi cessat ex sententia iuris Romani fundamentum consensus paterni in liberorum nuptiis adhibendi, testibus *L. 25. D. de ritu nuptiarum (23, 2.)* ac *pr. I. de nupt. (1, 10.)* filia autem emancipata non existit sub patria potestate. 2) Si non licet patri sponso nuntium remittere, vbi filia emancipata est, siue, quod idem est, dissensu suo matrimonium impedire; neque poscere potest pater, vt filia consensum eius impetret, antequam nuptias celebret; sed prius docet *Vlpianus, L. 10. D. de sponsal. (23, 1.)* A filiis hoc loco argumentari licet ad filias; iis autem clavis verbis *L. 25. D. de ritu nuptiar. (23, 2.)* permittit, uxorem ducere sine consensu patris, quibus accedunt *L. 18. C. de nupt. (5, 4.)* et *L. 3. §. 5. D. de bonor. poss. contra tabul. (37, 4)* Aliud statuit ob *L. 18. et 20. C. de nuptiis (5, 4)* *Helfr. Vlric. Hunnius, resolut var. libr 1. tract. 3. p. 137. cum aliis. [Conf. I. G. Hennig: Ueber die Rechte und Befugnisse der Aeltern bei den Verheurathun-*

rathungen ihrer Kinder. Wittenb. 1797. Autoris sententiam sequitur Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. I. §. 376. Secundum ius nouissimum Gallicanum liberi etiam emancipati matrimonium sine parentum consensu contrahere nequeunt. Filii tamen 25. annis, filiae 21. annis maiores saltem consensum parentum debita reuerentia et actu solenni petere tenentur antequam nuptias celebrent. Cod. Nap. a. 148—160.]

§. XII.

Sine patris consensu contractae nuptiae non solum sunt iniustae, sed etiam nullae.

1) Imperator *pr. I. de nuptiis* (1, 10.) prius nuptias a filiis familias haud contrahi tradit, quam si muniti sint patris consensu. Vbi 2) matrimonium esset verum, quod celebratur sine consensu patris, puella sine dubio committere posset ex sententia iuris Romani adulterium, quae hoc modo iuncta esset cum marito; sed negat hoc *L. 6. §. 7. D. ad leg. Iul. de adulteriis* (48, 5.) 3) *Papinianus, L. 63. D. de iur. dot.* (23, 3.) clavis verbis scribit, nuptias non esse, quae celebrantur ignorante initio patre. 4) Praecipit euidenter imperator liberis, matrimonium inituris, ut patris consensum impetrent, ut iam monui, hicque traditis, §. 12. *I. de nupt.* (1, 10.) neque virum, neque uxorem, nec nuptias, nec matrimonium intelligi iubet, si qui aduersus ea, quae dixit, coierint. Tandem 5) nuptias consistere non posse tradit *Paulus, L. 2. D. de ritu nuptiar.* (23, 2.) si non consentiant omnes, qui rimirum coeunt quorumque hi in potestate sunt. Dissentiunt ob effatum *Pauli, libr. 2. sent. tit. 19. Iac. Cuiacius, libr. 3. obseruat.*

servat. iuris civilis atque emendat. cap. 4. p. 66. Car. Han. Fabrotus ex. II. tom. 3. thes. iur. Rom. p. 1216. Franc. Hottomannus, quaest. illustr. 9. atque Ant. Guilb. Costanus, tract. de matrimon. p. 186. ac libr. 3. quaest. iur. civil. cap. 12. Nobiscum autem faciunt Christ. Thomasius, diff. de validitate coniugii inuitis par. contracti, §. 19. tom. I. dissertat. p. 650. Vlr. Huberus, libr. I. digress. cap. 15. Henr. Christ. Stryckius, interesse controuersiarum, cap. 3. p. 52. Io. Petr. de Ludewig diff. iuris Rom. ac Germanici in connubiali imperio consensuque parent. Hal. 1721. ac Georg. Lud. Boehmerus, in elect. iur. civil. tom. I. p. 664. [Iure nou. Gallicano omnibus, quorum consensus ad contrahendas nuptias requiritur actio datur ad nuptiarum absque consensu eorum initarum nullitatem. Cui anno praescribitur. Cod. Nap. a. 182. 183.]

§. XIII.

Licet curatorum consensum minores ex multarum hodiernarum legum sanctione adhibere debeant in sponsalibus; eo tamen ipsis iure Romano haud opus erat.

1) Curatorem rei, non vero personae dari, quum traderent Romani, satis euidenter docebant, eas tantum minorum actiones curatorum potestati esse subiectas, quae ad ipsorum res ac facultates pertinebant; sed ad illas referre haud possumus minorum desponsationes. 2) Ad officium curatoris non pertinere, vtrum nubat puella; nec ne? tradit *Paulus, L. 20. D. de ritu nuptiar. (23, 2.)* sed euidentius id prodit adhuc rescriptum *Seueri* at-

que *Antonini*, quo actum nubendi administrationi rerum pupillae opponunt eumque soli ipsius arbitrio relinquendum esse, existimant. 3) Idem tandem patet ex *L. 8. C. de nuptiis* (5, 4.), quum non solum curator ibi aliis adiungitur, qui nuptias contrahere nequeunt; sed etiam ratio adiicitur, propterea quod solam rei familiaris sustineat administrationem. Dissentit et aliam in sententiam discedit praeter eos, qui in *L. 20. D. de rit. nupt.* (23, 2.) lectionem Florentinam, minime tamen iure, vt recte animaduertit *Sigm. Reich. Iau-chius*, de *negat. pandect. Florentin. cap. 4. p. 24.* probant, *Casp. Achat. Beckius*, dissert. de *sponsalibus minorum, sine consensu curatorum non contrahendis*, Ienae 1718. Qui ei adhaerent, illud faciunt ob memoratam lectionem aequae ac argumentum, a tutoribus ductum; nobiscum vero facit *Gottl. Aug. Ienichen*, de *necessario consensu tutorum ac curatorum in sponsal. minorum*, Lips. 1736. Adiecit eam dissertationem *tom. II. meditat. Leyseri p. 25.* [*Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. I. §. 378. Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 387.* Secundum *Cod. Nap. a. 160.* minores 21. annis, deficientibus ascendentibus, matrimonium validum, sine consensu consilii cognatorum contrahere nequeunt]

§. XIV.

Matrimonium neque iure Romano, neque hodierno cogitari potest, nisi ad procreandam atque educandam sobolem ineatur.

De iure Romano certum est, eius ex sententia procreationem liberorum esse scopum matrimonii primum, vti partim ex eo concludimus, quod
in

in masculo pubertatem, in femina viripotentiam supposuerint, vbi matrimonium sit ineundum; partim autem ex definitione nuptiarum, in *L. 1. D. de ritu nupt.* (23, 2.) suppeditata. Neque vero aliud recentiore aetate est statuendum. Nam 1) deus matrimonium, vt genus humanum procrearetur, introduxit, *Genes 1, 28.* Vbi 2) denique sobolis procreatio vnicus ille matrimonii finis est, extra matrimonium haud obtinendus, sine illo matrimonium haud cogitari potest. Istam propositionem nemo in dubium vocabit, quum reuera procreatio liberorum essentiale hoc modo est nuptiarum haeque vt cessent, oportet, si pars earum cesset essentialis; quis vero finem matrimonii alium nominare potest, qui extra illud haud obtineri posset? Aliud statuunt, quoniam plures matrimonii fines cogitari posse putant, *Hieron. Delphinus tractat. de eunuchi matrimon.* 1675. *Aug. Leyser, spec.* 298. *med.* 5. atque *Carol. Ferd. Hommelius, in matrimonio sine proposito liberos procreandi legitimo, Lips.* 1764. [Add. *Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 380* qui consortium vitae, et communicationem iurium fines matrimonii esse contendit. *Ch. A. Günther* autem matrimonium ad obtinenda ea, quae nonnisi per vtriusque sexus coniunctionem obtineri possunt, iniri putat, *Princ. iuris rom. priv. t. II. §. 383* Quod verum est. Liberorum enim procreatio finis non potest esse nuptiarum essentialis, quoniam illae subsistunt, licet hunc cessare, aperte constet. Nec ius romanum sobolis procreandae in matrimonii definitione, *§. 1. I. de patr. pot.* (1, 9.) mentionem facit. Confr. *Robert: Ueber den Zweck der Ehe* 1787. et, qui auctoris fouet sententiam *Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 346.*]

§. XV.

§. XV.

Locupletæ filiae pater dotem non constituere debet.

1) Dotem ad alimenta referri solere, quae pater debeat, nemo in dubium vocabit; alimenta autem solum in subsidium debentur, si is, qui illa poscit, ipse nihil habet, unde viuat, secundum *L. 5. §. 7. D. de agnosc. vel alend. liberis* (25, 3.) 2) Quum leges solum in dubio patrem suis ex facultatibus dotem constituuisse censent, si filia bona paterna aut materna non possideat, per id haud obscure nobis significant, istum quoque dotem constituere posse ex propriis bonis filiae familias, ideoque simul patrem tacite liberant a necessitate, filiam familias locupletem dotandi, *L. 7. C. de dotis promiss.* (5, 11.) 3) Cessante denique ratione cessare quoque legem, quis est, qui nesciat? Causam autem cessare, ob quam lex, patri necessitatem dotandi imponens, sit lata, statim adparet ex *L. 19. D. de R. N.* (23, 2) si quidem ideo saltem pater filiam dotare iubetur, ne occasionem perdat nubendi; eius autem filia locuples expers haud erit, licet non sit dotata. Aliud ob *L. fin. C. de dot. promiss.* (5, 11.) et *L. 19. D. de ritu nupt.* (23, 2) neque minus ob comparisonem dotis cum legitima atque *L. 1. D. solut. matrim. quemad. dos petat.* (25, 3.) statuunt: *Ioch. Beusliius, de iur. connubiorum, libr. 3. cap. 4. Andr. Gailius, libr. 2. obs. 95. n. 4. Anton. Perez, comm. codicis de dotis promiss. num. 8. Euerhard. Bronchorstius, libr. 3. enantioph. adfert. 15. Herm. Vultei, consil. Marpurg. vol. 2. consil. 49. Io. Scharerus, ad L. ult. C. de dotis promiss. eos autem copiose refutant*

futant *Arnold. Vinnius*, libr. 2. quaest. iur. cap. 14. *Io. H. Berger*, resol. leg. obsl. lib. 23. tit. 3. quaest. 3. *Sam. de Cocceii* iur. controu. libr. 23. tit. 3. quaest. 3. p. 157. *Aug. Leyserus*, spec. 303. med. 10. *Car. Gottl. Knorrius*, de dote filiae locupletis, Halae 1756. ac *Car. Adolph. de Braun*, ob der Vater der reichen Tochter ein Heyrathsgut aussetzen müsse? in *Io. Chr. Siebenkees jnrst. Magazin*, Band 1. p. 254. [Ex iure novo Gallicano parentes filias dotare plane non sunt obligati *Cod. Nap. a. 204.*]

§. XVI.

Emancipatam filiam pater dotare non tenetur.

Si pater necessitate esset adstrictus ad dotandam filiam, quam emancipavit, haud quaestionem in medium proferre potuisset *Papinianus*, L. 5. §. 12. *D. de iure dotium* (23, 3.), num is, qui curam filiae emancipatae gereret eique simul dotem constitueret, hoc tamquam pater, an potius tamquam curator fecerit; sed reuera eam in medium protulit ac simul in ista decidenda dubium se ostendit atque ancipitem. Quum 2) teste *Iuliano*, L. 44. pr. *D. de iure dotium* (23, 3.) pater emancipatae filiae dotem, quam ipse ante emancipationem promiserat, exsoluere debet, sponte ex eo sequitur, vt, si haec non sit promissa ante emancipationem, nec promittenda sit, ea iam facta. 3) Lex Iulia solum de liberis, quos quis habet in potestate, cauit, vt eos pater dotet, L. 19. *D. de R. N.* (23, 2.) emancipatos autem in potestate pater non habet. 4) Si quis dotare non debet liberos, qui

qui nunquam fuerunt in potestate: neque id adfirmandum est de iis, qui ex ea exierunt; sed prius patet ex L. 8. *C. de natural. liber.* (5, 27.) 5) Si emancipatus a patre esset dotandus, necesse esset, ut liberi quoque dotem exspectare possent a matre, verum enimvero ista a necessitate, liberos dotandi, est libera, ob L. 14. *C. de iure dotium* (5, 12.) Dissentiunt ob L. 5. §. 17. *D. de iure dot.* (23, 3.) ac L. fin. *C. de dot. prom.* (5, 11.) Georg. A. Enenckelius, *de priuil. parent. cap. 1.* Sam. Stryckius, *vs. mod. tit. de iure dotium, tom. 3. p. 172.* Sam. de Cocceii *iur. controu. libr. 23. tit. 3. p. 157.* [Thibaut *System des Pand. R. t. 1. §. 443.*] ad nostram artem sententiam deflectunt: Io. Jac. Wisfenbachius, *part. 1. disp. 46.* Ant. Perez ad *cod. de dot. prim. n. 5.* Arnold, Vinnius, *libr. 2. quaest. iuris cap. 14.* Lud. Mencke *gymnas. pol. iuris, disp. 9. p. 156.* et Car. Gottl. Knorrius, *diff. de dote filiae locupletis, §. II. p. 10.* quibus addas: Io. Conrad. Stieglitzium, *de necessitate patris, conditionem filiabus quaerendi, ad L. 19. D. de R. N. Halae 1757.* et Focco Sytzes *Reiding, ad L. 19. D. de R. N. Franequerae 1747.* Exstat in Gerh. Oelrichs, *thes. diff. iurid. vol. 1. tom. 2. p. 265.* [Hofacker *princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 420.*]

§. XVII.

Consummato matrimonio pater dotem filiae constituere non debet.

Quum obligatio patris, filiam dotandi, solum fundata est in L. 19. *D. de R. N.* (23, 2.) ista merito cessare debet, ubi ratio legis huius cessat. Haec solum
in

in eo ponitur, quod filiae, quae haud dotantur, non facile inueniant occasionem nubendi. Vbi itaque filia matrimonium inire posuerit, licet dotem haud habuerit, dotem a patre poscere nequit. Aliud tradit ea potissimum ex ratione, quod, ipsa ex lege patris obligatio dotandi filiam sit repetenda *I. H. Berger, oeconom. iuris, libr. I. tit. 3. thes. 10. not. 5.* [quocum conueniunt: *Hofacker princ. iur. civ. t. I. §. 421. et Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 443.*] sed cum nobis consentit *Bened. Carpzov, decis. 16. p. 33.* [*Leyserus spec. 303. m. II. nec non Stieglitz diff. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi.*]

§. XVIII.

[Filiam, quae dotem sine sua culpa amisit, iterum dotare, parentes sunt obligati.

Fundamentum obligationis parentum filias dotandi partim in eo nititur, vt filiis honesta nubendi conditio inueniatur, partim in eo, vt coniuges in ferendis matrimonii oneribus adiuuentur. Vtroque vero fine excideret, quae, si dos sine culpa sua perierit, iterum dotanda non esset. Dotis autem constitutio medium tantummodo est obligationis adimplendae, nec is, cui indotata manet filia, praestitisse quae debuisset filiamque elocasse, dicendus est. Quare, si dos, antequam marito soluta sit, perierit, vel ad secundas nuptias, denuo dotandam esse filiam docent *Vlr. Huber, prael. iur. civ. L. 23. tit. 3. §. 3. Hofacker, princ. iur. civ. t. I. §. 421. Thibaut, System des Pand. R. t. I. 443. Gräfs, de redotatione eiusque iure. Tub. 1726.* Contrarium autem statuit *Fr. C. Conradi*
de

de patre filiam, quae dotem amisit iterum dotare non cogendo. Lips. 1728.]

§. XIX.

Frater sororem dotare non debet.

Quas quis feminas neque procreavit, neque sub potestate habet, eas nec dotare illum oportet, vti constat ex *L. fin. C. de dotis promiss.* (5, 11.) ac *L. 19. D. de ritu nuptiar.* (23, 2.) 2) Erat quidem haud inusitatum fratribus apud Romanos, dotare sorores, vti patet ex *Plauto, Trinummi. act. 3. scen. 2. n. 12.* ac *L. 12. §. 5. D. de administrat et per. tut.* (26, 7.); verum non lex adfuit, quae fratres necessitate dotis constituendae adstringeret. Aliud censent ob modo adlegatam *L. 12. §. 3. D. de administrat. tut.* (26, 7.) *Io. Campegius, de dote quaest. 23. Ant. Peregrinus, de fideicommissis, art. 42. num. 50. Reinh. Bachovius, ad Treutlerum, vol. 2. diff. 8. thes. 3. Wolsfg. Ad Lauterbachius, colleg. th. L. 23. Tit. 3. §. 17.* [add. *Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 420. Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 443.*] nostram autem sententiam amplectitur cum aliis *Io. Henr. Bergerus, resolut. leg. obsiant. p. 540.* [*G. A. Struv, Synt. jur. civ. ex. 30. th. 3. ibique P. Müller not. λ et μ.* Adducitur quoque pro auctoris sententia *L. 1, §. 2. D. de tut. et rat. distr. 1. O. Westenberg princ. iur. rom. sec. ord. D. L. 23. tit. 3. p. 27.]*

§. XX.

§. XX.

Dotis promissio indeterminata valida est, licet sit facta ab extraneo.

Si quis dotis loco daturum se esse promittit, quodcunque arbitratus erit, validum peragit negotium ex sententia L. 3. C. de dot. promissione (5, II.) 2) Item tradit *Papinianus*; L. 69. §. 4. D. de iure dotium (23, 3.) Nominat quidem solum socerum, qui genero suo promiserit dotem; sed rationem sententiae huic subiicit, quae ad extraneum eodem iure adplicari potest, quo eam referre solemus ad generum. Qui dissentiunt cum *Harmenopulo*, libr. 4. promptuar. tit. 8. §. 44. *Anton. Perez*, not. in tit. cod. de dotis promiss. num. 4. *Petr. Wesenbecio*, paratitl. dig. de iure dotium, §. 5. *Ge. Ad. Struuius*, evolut. controuersiarum, exerc. 30 p. 409. ac *Petr. Müller*, comm. ad Struui. syntagm. iuris ciuilis, t. 2. exerc. 30. thes. 6. not. v. p. 429. inprimis ad L. 1. C. de dotis promiss. prouocare solent. [Dotis indefinitae promissione procul dubio tenetur, qui ipso iure dotem constituere obligatus est, extraneus vero, ex L. 3. C. de dot. prom. (5, II.) sententia, ad fidem interpositae stipulationis exhibendam non cogitur, nisi boni viri arbitrium stipulationi insertum sit. Ita quoque *Thibaut System des Pand. R.* t. 1. §. 445. *I. O. Westenberg princ. iur. rom. sec. ord.* D. L. 23. tit. 3. §. 3.] Sed nostrae sententiae subscribit *Reinh. Bachovius*, ad *Wesenbecium*, num. 5. [*Vlr. Huber prael. iur. civ.* L. 23. t. 3. §. 7.]

§. XXI.

§. XXI.

Dos ab vxore priori marito illata, posteriore in matrimonio renouata haud censetur.

1) Generatim *Paulus* regulam tradit, dotem, quae in prius matrimonium data est, non aliter conuerti in posterius matrimonium, quam quum hoc agitur, *L. 30. D. de iur. dot. (23, 3.)* Quum 2) regulae maius firmamentum concilietur per exceptionem in casibus non exceptis, etiam huic robur accedere videmus, dum solum in matrimonio, inter coniuges, iurgio separatos, restaurato dotem tacite renouari traditur *L. 30. et 31. D. de iur. dot. (23, 3.)* 3) *Iavolenus* dein *L. 64. D. eod. de muliere*, quae post diuortium alii viro nupsit, hocque mortuo, primo cum marito nuptias restaurauit, solum in renouatis nuptiis dotem, quum eam huic marito intulit, redintegratam esse scribit. 4) Dos per se non fit, sed constituitur, *L. 9. §. 1. D. eod.* constitutio autem dotis factum est, quod nunquam praesumitur, nisi leges id clare volunt. Dissentiunt: *Io. Petr. Plotus, de in litem iurando §. 11. nr. 6. Ant. Faber, cod. Sabaud, libr. 5. tit. 7. def. 18. Stephanus, Gratianus disceptat. forens. part. 2. const. 16. def. 2. Io. Brunemannus, comm. ad L. 30. D. de iur. dot. [Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 440.]* et potissimum ad *L. 30. 31. ac 40. D. de iur. dot.* prouocant, sed contra omnes hos pugnat *Io. Christ. Schröterus de dote in secundo matrimonio tacite renouata, Ienae 1723. [Hofaoker princ. iur. civ. rom, germ. t. 1. §. 431.]*

§. XXII.

§. XXII.

Pacta dotalia mixta per procuratorem iudici offerri nequeunt.

Supponimus hoc loco, coniuges eo animo pacta dotalia iniisse, vt sint mixta, vltimamque nimirum voluntatem mutuam in se contineant: ab ea quilibet coniugum sine alterius consensu recedere queat, ideoque ea testamenti naturam induant. Quod si hoc factum, vti fieri posse nemo negabit, qui rerum forensium peritus sit: pacta dotalia testamenta sunt, vti *Engauius, elem. iuris Germanici libr. 1. tit. 13. §. 343.* cum aliis monstrauit: quaecunque vero instrumenta testamentorum in censum veniunt, iudici per procuratorem offerri nequeunt. Quod quum infra copiosius docebimus, solum monemus, nobis aduersarii iis ex rationibus, ex quibus demonstrare student, testamentum quoque per procuratorem tradi posse, *Bened. Carpzouium, part. 2. const. 43. def. 3. et 4. Aug. Leyserum, spec. 310. num. 9. et inprimis V. C. Gottfr. Dan. Hofmannum, obseruat. testamentariis, obs. 4. p. 19.* [Pacta haec dotalia mixta, vltimam simul paciscentium voluntatem seu potius donationem mortis causa reciprocam continentia, quia neque iure romano agnita nec iure patrio fundata sunt, e foris nostris plane eliminanda censuerunt *Phil. Iac. Grau Spec. diff. mixturam incongruam iur. rom. et germ. in practicorum distinctione pactorum dotalium in simplicia et mixta. Marb. 1744. et Gosw. Ios. de Buiningck Error pragm. circa distinct. pact. dotal. in simpl. et mixta. Colon. 1770. 8.* Quam ob rem *Hofacker, princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. p. 532.* ea saltem vult sustine-
ri,

ri, quatenus statuto vel consuetudine recepta sunt, alii vero, vti *Thibaut, System des Pand. R. t. 1. §. 480.* eadem sine vlla distinctione admittenda putant. *Ius nouissimum Gallicanum* cum testamenta prohibeat reciproca, *Cod. Nap. art. 968.* pacta quoque dotalia mixta reiicit, et simplicia tantummodo, donationem inter viuos mutuam continentia agnoscit *C. N. art. 1091—1100.*]

§. XXIII.

Res, quam maritus pecunia dotali sibi comparat, per id non fit dotalis.

1) Regula in iure est fundata, quod, qui aliena pecunia quidquam emit suo nomine, non faciat rem illius, cuius pecunia est; sed sibi eam acquirit *L. 6. C. de R. V. (3, 32.) L. 1. et L. 8. C. si quis alteri, vel sibi (4, 50.)* 2) Clare hoc tradunt *Diocletianus ac Maximinianus, L. 12. C. de iur. dotium (5. 12.)*, qua fundum ex pecunia dotali a marito comparatum, vxori eius haud adquiri scribunt. Docet hoc porro 3) *L. 55. de donat. inter virum et uxorem (24, 1.)*, lex, in qua aduersae sententiae patroni praesidium potissimum collocant euidenti modo, quum haud dominium eiusmodi rei tribuit vxori, sed solum actionem in rem utilem, quae cogitari tamen potest, licet sit res aliena. 4) Quaecunque res solum dotalis esse videtur, illa dotalis haud est; sed *L. 54. D. de iur. dotium (23, 3.)* solum de re, pecunia dotali comparata, adfirmat, eam tantum videri pecuniam dotalem. Aliter idque in primis ob *L. 54. et 62. D. (23, 3.)* ac *L. 21. D. de pact. dotal. (23, 4.)* sentiunt: *Harmenopulus libr. 8. §. 29. et Sam.*

de

de Cocceii, iur. controu. libr. 23. tit. quaest. 7. p. 159. Io. Paull. Slevogt derei dotalis pecunia comparatae vindicatione, Ienae 1688. sed nobis suffragantur iurisconsulti Vitembergenses apud Io. Henr. Bergerum elect. discept. for. p. 785. Lud. Mencke, in gymnasio polemico, p. 157. et Aug. Leyserus, spec. 304. med. 4. jq. [I. O. Westenberg, princ. iur. sec. ord. D. L. 6. t. I. §. 13. Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 493.] quibuscum conferendus est Franc. Guil. Romanus, in progr. vtrum res pecunia dotali emtae fiant dotales, Lips. 1757. [Alii, verborum Iustiniani §. 15. Const. Tanta circa de confirm. Dig. memores, dissonantiae huius inter L. 54. D. de iure dotium (23, 3.) et LL. cit. Cod. querelam subtili sane animo diuersitatis rationes excutientes dissoluere conati sunt: Io. Cour. Sigism. Topp diff. de utilis rei vindicationis speciebus §. 23—25. Go. Hufeland, de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu ex consecutione petendo. Ienae 1785. et Ad. Frid. Ch. Voigt, excurs. in L. 54. D. de iure dotium. Erford. 1796. Sed infelici ausu; quod firmissimis docet rationibus Glück Ausf. Erläut. der Pand. §. 585. t. 8. p. 167—186. Cod. Nap. art. 1553. decisum est, fundum, pecunia dotali comparatum, non esse dotalem, nisi id in pactis nuptialibus expresse cautum sit. Neque maritus si per instrumentum acquisitionis declaret, fundum pecunia dotali emtum esse, eundem dotalem efficere potest. Riffé - Caubray, Pandectes franç. ad art. 1553. t. 12. p. 230.]

§. XXIV.

Bona in dubio dotalia non praesumuntur, siue sint illata ante matrimonium, siue postea id sit factum.

Dos cogitari nequit, nisi eum in finem ab vxore marito inferatur, vt ad sustentanda matrimonii onera inferuiat; hoc autem est factum, quod merito est probandum, nec praesumi potest. Aliud placet ob L. 23. 70. et 76. *D. de iure dot.* (23, 3.) *Matth. Colero*, part. 1. decis. 57. *Hartm Pistoris*, obs. 46. *Bened. Carpzovio*, part. 1. constit. 28. def. 88. et 89. ac libr. 5. resp. 116. [*Meister de bonis vxoris ex Rom. iuris praesumptione non paraphernalibus sed dotalibus. Gott. 1769.*] nec non *August. Leysero*, spec. 302. med. 5. [qui tamen ea tantum bona, quae ante celebrationem nuptiarum inferuntur, dotalia praesumenda esse putat] inter alios autem nobiscum consentiunt *Sam. Stryckius*, de cautel. contract. sect. 3. cap. 8 §. 6. et *Sam. de Cocceii*, iur. controuerso, libr. 23. tit. 3. quaest. 10. tom. 2. p. 161. - [*Hofacker pr. iur. Rom. Germ. T. 1. §. 417. Henr. God. Bauer diff. bona vxoris dotalia esse praesumenda. Lips. 1767. Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 440.* Controuersia haec in Gallia olim inter *Guidonem Papam Praesidem Gratianopolitanum*, *Decis. Grat. Lugd. 1602. quaest. 468. n. 13.* et *Ant. Fabrum Cod. L. 5. tit. 5. def. 18.* agitata, per art. 1541. *Cod. Nap.* ita decisa est, vt omnia, quae vxor marita in nuptiis contrahendis intulit bona dotalia censeantur, nisi contrarium expresse stipulatum sit. Conferendus *Iac. Maleville Analyse*
raison-

raisonnée de la discussion du code civil. art. 1541, t. 3. p. 311.]

§. XXV.

Etsi seruando seruari possit res mobilis dotalis, eius tamen alienatio haud est prohibita.

Quum maiorem habeat potestatem maritus, quam tutor, merito hoc loco argumentari licet a tutore ad maritum; ei autem non denegatur alienatio rei mobilis secundum *L. 16. C. de administrat. tut.* (5, 37.) ac *L. 9. C. de R. V.* (3, 32.) 2) Clare hoc constat ex *L. 3. C. de iur. dot.* (5, 12) ac *L. vn. §. 15. C. de rei vxor. act.* (5, 13.) Qui aliud statuunt, ad *L. 22. C. de administrat. tut.* (5, 37.) ac *L. 21. D. de manumiss.* (40, 1.) prouocare solent. Nobiscum conueniunt *R. Bachovius ad Treutler. vol. 2. disp. 7 thes. 9. litt. c.* et *L. Mencke in gymnasio palem disp. 9. § 24 p. 158.* [nec non *Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 448.* et *Ch. A. Günther princ. iur. priv. rom. nov. t. 2. §. 415.* *I. O. Westenberg* autem *princ. iur. civ. sec. ord. Dig. L. 28. tit. 5. §. 3 facultatem, res mobiles dotales alienandi, sub restrictione tantum modo, si soluendo sit, marito concessam esse putat] inter aduersarios autem numerandus est *Io. E. a Rosbach comparat. iuris civil. et canonici, libr. 2. tit. 7. num. 6.* [*Cod. Nap. art. 1554 alienationem seu oppignorationem fundi dotalis, etiam si vxor consentiat, prohibens, rerum mobilium plane nullam facit mentionem*].*

§. XXVI.

Vxor ab obaerato marito, licet eius inopia ipsi fuerit cognita, dotem repetere potest.

Ob inopiam mariti vxorem dotem repetere posse, quis est, qui nesciat? Eius facultatis ipsam haud expertem fieri, si, licet inopia ipsius sit nota, dos inferatur, clare videmus, vbi perpendimus eiusmodi illationem duplici tantum modo fieri posse. Aut enim illa scit, se non esse obligatam ad solvendam dotem marito inopi, aut id nescit. Priori in casu tacite iuri suo renunciat; sed inualidum peragit negotium, propterea quod mulier conditionem suam pacto, nequidem expresse, ideoque multo minus tacito, deteriorem facere queat; posteriori autem in ignorantia iuris versatur, quae ei nunquam nocere potest, *L. 8. et 9. D. de iur. et facti ignorant.* (22, 6.) 2) Quum deinde ratio, cur dotes repeti possint, si inopia mariti in matrimonio demum manifestetur, in eo solum sit ponenda, quod reipublicae intersit dotes servare, *L. 2. D. de iur. dotium* (23, 3.), merito ea, quae sancita sunt in *L. 24. pr. D. solut. matr.* (24, 3.) ac *L. 29. C. de iur. dotium* (5, 12.) adplicare debemus ad casum, quo inopia mariti vxori iam antea fuerit cognita. Qui aliud existimant, illud concludunt partim ex eo, quod *L. 3. §. 3. D. ut in poss. leg.* (36, 4.) cautum est de creditore, qui semel in fideiussore ipsi dato, acquieuit; partim ex *L. 16. C. de episc. aud.* (1, 4.) Ad illos referendi sunt: *Surdus, consil. 374. num. 12. M. Berlichius, part. 1. cor. curs. 65. G. A. Struuius, exercit. 30. thes. 56. B. Carpzovius, libr. 2. const. 28. def. 84. A. Gailius, libr. 2. obs. 84.* contraria autem

autem sententia placet *H. Hildebrando*, *diff. de dote repetenda constante matrimonio*, 1706 cui iungas: *C. F. Hauckium*, *de vxore dotem constante matrimonio repetente*, *Lips.* 1757. [*Wissenbach ad L. 29. C. de iure dot. (5, 12.) Huber prael. iur. ad L. 24. tit. 3. §. 1. Cod. Nap. art. 1143. et 1563. vxori de dote suo periclitanti ad separationem bonorum actio datur.*]

§. XXVII.

Vbi maritus egenus locupletior sit, repetere ei licet dotem, quam vxori ob inopiam restituere debuit.

Ratio, cur eiusmodi maritus vxori reddere deberet dotem, fuit eius inopia; vbi itaque illa cessat, haud habet vxor rationem, dotem retinendi eademque ob rem illam nec marito, istam repetenti, denegare potest. Aliud existimant quod dotem semel restitutam penitus extinctam esse putant, *H. Giphanius*, *ad L. 29. C. de iur. dotium* ac *A. Barbosa*, *in L. si constante D. solut. matrimo. num. 32.* sed nostram sententiam adprobant: *A. Gailius*, *libr. 2. obs. 85.* ac *G. A. Struuius ex. 30. thes. 56.*

§. XXVIII.

Maritus fundum dotalem, a se alienatum, neque durante matrimonio, neque eo finito reuocare, vel vxori, eum reuocanti, adlistere potest.

Finito matrimonio maritus eiusmodi fundum dotalem reuocare haud potest ob clara legum verba,

siquidem non solum *Martianus* nobis id significat *L. pen. D. de fundo dotali* (23, 5.), dum fundum emptori auelli non posse scribit, si in matrimonio mulier decesserit et maritus dotem sit lucratus; verum etiam idem *Papinianus* confirmat *L. 42. D. de usurpat.* (41, 3.) Neque vero marito licet reuocare fundum viua vxore. Concludimus illud ex ratione legis memoratae *pen. D. de fundo dotali* (23, 5.), quum iurisconsultus id haud statuere potuisset, nisi iam ab initio obligatus fuisset maritus; praeterea autem aliunde rem comprobare possumus. Qui rem distraxit, improbe euincere eam conatur venditorque vindicans, rem, quam ipse vendidit, exceptione doli summouetur, iudice *Vlpiano*, *L. 17. D. de euictionibus* (21, 2.) Idem tradit hic iurisconsultus *L. 1. pr. D. de exceptione rei venditae* (21, 3.) Aliud statuunt quoniam alienatio in fauorem vxoris sit interdicta ac ob bonum publicum *W. A. Lauterbachius*, *diff. de fundo dotali*, §. 27. et 29. *I. a Sande*, *diff. de prohibita rerum alienatione*, part. 1. cap. 10. §. 7. *P. Christinaeus*, vol. 3. *decis.* 133. num. 127. cum aliis. [Ob *L. enim 42. D. de vsuc. et usurp.* (41, 3.) et *L. pen. D. de fundo dot.* (23, 5.) facultatem fundum dotalem, quem ipse alienauerit, durante matrimonio vindicandi, marito vindicat *Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 435. Codex* quoque *Nap.* marito eiusmodi alienationem stante quidem matrimonio reuocare permittit, emptori vero actionem ad id quod interest tribuit *art. 1560.* Auctori autem adstipulantur *Hellfeld iurisprud. for.* 1257. *Leyser spec.* 311 m. 6. *Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 448.*]

§. XXIX.

Licet vxor consensum in alienationem dotis de nouo declarauerit post biennium, minime tamen per id alienatio ista confirmatur.

1) Generatim L. vn. §. 15. C. de rei vxor. act. (5, 13.) cautum est, nec consentiente muliere dotem valide alienari posse; hac autem ratione nobis haud licet exceptione quadam legem restringere, quam illa nullo modo in se contineat. Certum dein 2) est atque expeditum, ideo consensu vxoris firmari haud posse alienationem dotis, quod ea facili modo a maritis illicitis illecebris obtineri queat: nonne vero idem praesumendum est de repetitione consensus a muliere post biennium facta? Qui aliud existimant, praesidium petunt ex L. 12. C. ad SC. Vellej. (4, 29.) et Nou. 61. cap. 1. Iis accedunt I. a Sande, de prohibita rei alienat. d. 82. C. Rittershusius in iure Iustiniano, part. 5. cap. 9. num. 10. ac A. Leyserus, spec. 311. Ab his sese distinguit C. G. Bienerus, diff. de fundo dotali, eiusque ex iure Romano, Germanico et Saxonico alienatione, Lipsiae 1786. quum ob L. 30. C. de iure dot. (5, 12.) ac L. vn. §. 15. C. de rei vx. act. (5, 13.) id, quod tradidi, solum de fundo concedit, in dotem haud aestimato dato: nostra autem placet sententia S. Stryckio, de iur. mar. in bonis vx. cap. 1. Sam. de Cocceii, iur. controu. libr. 14. tit. 5. p. 166. [Quibus addendi: Thibaut, System der Pand. t. 1. §. 448. et Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 435. Nov. enim 61. supra allegatae opponitur Nov. 134. c. 8., qua muliebres intercessiones, etsi multoties repetitae, tamen nullatenus valere vel tenere sancitur. Quod etiam Cod. Nap. art. 1554. seruatum est.]

§. XXX.

§. XXX.

Ad donationem propter nuptias constituen-
dam maritus haud est obligatus.

1) L. 19. et 20. C. de donat. ante nupt. (5, 3.)
marito quidem donatione propter nuptias vxorem
ratione dotis securam reddere permittunt; haud
tamen id ipsi praecipiunt. Simili ratione 2) permit-
titur *Nov. 22. cap. 31.* dotem minuere vel augere, et
si tandem 3) certum est, exceptionem firmare regu-
lam in casibus non exceptis: merito quoque pro-
positio haec extra dubitationem est posita, propte-
rea quod haeretici patres filiis suis orthodoxis ante
nuptias donationes praestare cogantur in L. 13. et
19. C. de haereticis (1, 5.) Mecum consentit G. A.
Struuius, ex. 30. thes. 34. ac W. A. *Lauter-
bachius*, de donat. propter nuptias, thes. 14.
[H. *Donellus* Commentar. iur. civ. L. 14. c. 9]
sed aliam fouent sententiam ob argumentum ex
L. 2. D. de praeser. verb. (19, 5.) ductum: *authen-
ticam: dos data C. de donat. ante nupt.* ac potissi-
mum quoque ob graecum textum *nouell. 91.* lin-
guam in latinam a *Homborgio*, in *nouellis*, p. 157.
translatum A. *Leyserus*, spec. 305. med. 1. ac I.
A. *Hellfeldius*, iurisprud. forens. libr. 23. tit. 3.
§. 1242. [Add. *Hofacker* princ. iur. civ. rom.
germ. t. 1. §. 476. *Thibaut* System des Pand. R.
t. 1. §. 454. C. A. *Günther* princ. iur. rom.
prin. t. 2. §. 420. Conf. §. 3. I. de donat. (2, 7.)
Nov. 74. c. 2. Nov. 97. c. 1. et 2. Nov. 117. c. 2.
ius Gallicanum donationem propter nuptias non
agnoscit.]

§. XXXI.

§. XXXI.

Vidua dotem haud amittit, si mortuo marito impudice viuit.

Vbi solutum est matrimonium dosque ad viduam rediit, ita plenum eius per id nanciscitur dominium, vt heredibus mariti nullum in eam competat ius; hoc autem posito, nec illud exercere possunt, si impudice viuat vidua. Quodcunque 2) beneficium personale est, illud heredi haud est praestandum, *L. 13. D. solut. matrimonio* (24, 3); beneficium autem, quod marito tribuunt, est personale, quum illud eius cum persona exstingui, extra omnem dubitationem est positum, eandemque ob causam illud heredes sibi adrogare nequeunt. Dissidium hac in re est inter *H. Neuenhahnium*, *de iur. et privileg. viduar. p. 300.* et *I. F. Eisenhartum*, *diff. de iuribus singularibus viduarum*, in eius *opusculis iuridicis*, p. 265.

§. XXXII.

Neque dignitatem amittit vidua mariti, si luxuriose viuit.

1) Vbi poena in delictum aliquod claris verbis haud est statuta, neque illa adficiendus est, qui eius criminis est reus. Iam merito statuimus, legem haud adesse, qui talem poenam statueret eandemque ob causam neque illam poenam locum habere censemus. 2) Si maritus non laeditur, neque iura amittuntur, quae matrimonio, cum illa celebrato, debet vxor. Reuera maritus haud laeditur, vbi vidua luxuriose viuit ideoque nec eius digni-
tatis

tatis sit expers, quam sibi per nuptias conciliauit. Propositio haec ob *Nou. 39. cap. 2.* maxime fuit controuersa. Quum superiori saeculo iam hac de re litigarunt *Io. Brunne mannus, comm. in cod. L. 10. de nupt.* et *B. Carpzouius, part. 2. decis. 181.* ea ratione, vt ille sententiam, quam amplexi sumus, improbaret; hic vero ipsi subscriberet, *N. C. Lynkerus Brunne manni* opinionem eas inter doctrinas retulit, quas *trutina* examinaret, eius sub praesidio a *G. E. Schmidio, Ienae 1797.* defensa, p. 17. ac per id effecit, vt *Iac. Brunne mannus, trutinæ doctrinarum Io. Brunne manni, Halae castigata et ad aequilibrium reuocata, Vitembergae 1697. p. 23.* sententiam *I. Brunne manni* acriter defendere studeret. Litem, quae inter hos duumuiros est agitata, recensent *die Halischen Beyträge, tom. 1. p. 405* [*I. O. Westenberg princ. iur. civ. sec. ord. D. L. 23. tit. 2. §. 67.* eam tantummodo mulierem, quae intra annum luctus, stuprum passa, peperisset, dignitate et praerogatiuis mariti priuari putat, ob *Nou. 39. c. 2. Auth. Eisdem de secund. nupt. (5, 9.)* et *Auth. C. de repudiis (5, 17.)* *Hofacker* autem, *princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 414.* et *Thibaut, System des Pand. R. t. 1. §. 458.* viduam, quae priorem thalamum stupro commaculasset, dignitates defuncti amittere docent.]

§. XXXIII.

Etsi quoque sanctio iuris Romani, quae poena infamiae viduas intra annum luctus nubentes adficiendas statuit, valeat; illi tamen vidua haud est subiecta, quae intra annum quidem luctus, edito tamen partu postumo, nubat.

1) Cessante ratione, cessare legem, regula est, inter iurisconsultos consensu communi recepta. Legis, cuius mentionem fecimus, rationem in confusione seminis esse positam, quae facile oriri posset, ubi cum alio viro matrimonium inire vellet intra hoc spatium, non est negandum, quum primum luctum hunc introduxerit Numa, eo tempore, quo decem adhuc mensibus annus constaret adeoque clare illud ad temporis spatium respexerit, quo partus in vtero esse solet, teste *Plutarcho*, in *Numa*, p. 67. ut belle animaduertit *C. G. Hoffmannus*, *histor. iuris*, vol. 2. part. 1. p. 51. praeterea *Ulpianus* testatur L. 2. §. 1. *D. de his, qui notantur infamia* (3, 2.), propter turbationem sanguinis praetorem idem iussisse. Illa vero non est metuenda, partum si ediderit vidua. Neque vero minus 2) nobiscum conspirat *Pomponius*, ubi viduam, quae intra legitimam tempus partum ediderit, statim nuptiis se collocare putat et cum illo plane consentit *Ulpianus*, *leg. memorat.* Nostrae sententiae inter recentiores fauent *Io. Brunne- mannus*, ad L. 11. *D. de his, qui notant. infam.* et L. 1. *C. de secund. nupt.* ac *Iac. Brunne- mannus* *trut. doctrinar. Brunne- man. p. 24.* ab illis autem verbis legis inhaerentes dissident, nimirum *B. Carpzovius*, *iurisprud. consistor. libr. 2. def. 159.* et *N. C. Lynckerus*, *trut. doctrinar. Brunne- manni, p. 19.* [Quorum sententiae calculum adiiciunt *I. O. Westen- berg* *princ. iur. civ. sec. ord. D. L. 23. tit. 2. §. 65.* et *Hofacker* *princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 510.* quia non solum propter sanguinis turbationem sed etiam propter reuerentiam marito debitam vidua intra annum ad secundas conuolare nuptias prohibetur. L. 1. et 2. *C. de secundis nuptiis* (5, 9.) L. 4. *C.*
ad

ad SC. Tertull. (6, 55.) L. 14. §. 1. D. soluto matrimon. (24, 3.) Auctori vero ad stipulatur Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 388.]

§. XXXIV.

Poenae secundarum nuptiarum haud cessant, si liberi ex priori matrimonio in illas consentiunt.

Omnis renunciatio stricte interpretanda; neque praesumenda. Et si itaque liberi consentiant; per id tamen iuri, ex secundis nuptiis orto, renunciassse haud censentur. Dissidium hac in re est inter iurisconsultos. *A. Perez*, ad tit. *C. de secund. nuptiis*, nr. 20. *A. Leyserus*, med. ad *pand. spec.* 300. med. 12. ac *F. E. Pufendorfius*, obs. iur. uniu. tom. 1. p. 42. idem sentiunt [quibus add. *I. O. Westenberg* princ. iur. civ. sec. ord. *D. L.* 23. tit. 2. §. 80. et *Thibaut System des Pand. R. t.* 1. §. 393.] sed aliud placet *Io. Brunnenmanno*, ad *L. 3. C. de secund. nupt.* *P. G. Tholosano*, in *syntagm. iuris uniuers.* libr. 9. cap. 26. nr. 54. *A. Fachinaeo*, controuers. libr. 3. cap. 6. *A. Gailio*, libr. 2. obs. 98. nr. 19. et *A. Fabro*, cod. *Sabaud.* libr. 5. tit. 5. def. 5. propterea quod regulam locum habere putant, quemlibet fauori suo renuntiare posse.

§. XXXV.

[Neque praemorientis coniugis consensus in nouum coniugium impedit, quo minus liberi priore thalamo procreati poenas secundarum nuptiarum exigant.

Inter

Interest reipublicae, ne liberi curis atque caritate parentum destituantur. Quod saepissime euenit, vbi parentes ad secunda vota declinauerunt. Liberis ergo leges prospicere voluerunt, cum nouarum nuptiarum concupiscentiam poenis et damnis coercerent. Id vel eo probatur, quod si sine filiis manserint coniuges ex prioribus, nulla animaduersione ad secundas transire nuptias prohibeantur. *Nov. 22. c. 22. et c. 40.* Cum igitur secundarum nuptiarum poenae in solum liberorum fauorem sint constitutae, praemoriens coniux eas remittere non poterit. Nec *c. 2. Nou. 22.* parentibus licentiam, legibus derogandi tribuit. Contrariam sententiam defendunt: *A. Leyser, spec. 300. m. 20. G. A. Struv ex. 29. Th. 58.* nostram autem tuentur *V. Huber praelect. iur. L. 23. tit. 2. Sect. 2. §. 10. Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 521. Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 393.]*

§. XXXVI.

[Pater ad secunda vota transiens, proprietatem eorum bonorum, quae ex hereditate filii qui intestato decesserit ad eum deuenerunt, minime amittit.

Matri binubae proprietatem earum rerum, quas per successionem filiorum praemortuorum consecrata est, sola ei possessione relicta, denegatur. *L. 3. §. 1. C. de secundis nuptiis (5, 9) et Nov. 22. c. 46.* Nulla vero extat lex, quae de patribus idem statueret, neque id principiis iuris romani de patria potestate in liberos eorumque facultates satis congruum videtur; foeminasque quidem masculino, masculos autem foemino vocabulo minime contineri, docet.

docet *Pomponius* L. 45. D. de leg. II. (31.) Quae cum ita sint, communis tamen opinio hoc quoque damnum secundarum nuptiarum ad vtrumque parentem, ob paritatem rationis eandemque, nisi maiorem contra nouercas, quam contra vitricas praesumptionem extendit, vti tradunt *V. Huber* prael. iur. L. 23 tit. 2. Sect. 2. §. 2. *P. Müller* ad *Struv.* ex. 29. th. 53. nota μ . *Hofacker* princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 514. *I. O. Westenberg* princ. iur. civ. L. 23. tit. 2. §. 69. *Thibaut*, *System des Pand. R.* t. 1. §. 393. nostrae autem sententiae fouent *Fachinaeus* *Controuers.* L. 3. 64. et *Silberrad* *diff. qua domin. hered. liberor. prior. matrim. ab intesto delatae patribus ad sec. nupt. transeunt. asseritur.* Argent. 1757.]

§. XXXVII.

[Coniugis binubi facultas de rebus propriis disponendi saltem ratione vitrici seu nouercae arctioribus circumscripta est limitibus; ratione extraneorum vel liberorum secundi matrimonii libera gaudent dispositione.]

Patet hoc ex *Nov. 22. c. 48.* qua Imperator adhortatur potius quam sancit, vt parentes studeant, aequalitatem inter liberos primi et secundi matrimonii seruare, parentibusque, si ex secundis, aut etiam ex primis forsan nuptiis habeant aliquem ita festiuium, ita dilectum, vt velint praeponere eum aliis in possessione, licentiam dat, hoc agendi. Quod si ratione liberorum parentibus licet, procul dubio etiam ratione extraneorum disponendi facultas iisdem denegari non poterit. Dissentit quidem *Harpprecht* *Cons.* 35. n. 41. nobiscum autem

con-

consentiunt *Sande dec. L. 2. c. 3. def. 6. Sommeren de iure nouere. c. 9. S. 2. n. 3. Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. I. §. 516. Ceterum notandum est, hanc liberalitatis in secundum coniugem limitationem ex secundarum nuptiarum poenis iure nouissimo gallicano solam agnosci. Cod. Nap. art. 1098.]*

MEMBRVM SECVNDVM

DE

IVRIBVS ATQVE OBLIGATIONIBVS

PARENTVM AC LIBERORVM

SORORVM AC FRATRVM.

§. I.

Si quis legitimatur per subsequens matrimonium, iura quoque primogeniti, etsi ante illud filius a patre legitimus sit procreatus, ex iuris ciuilis sententia consequi potest.

- 1) Ii, qui hoc modo legitimantur, ita legitimis aequiparantur, vt omnia eorum sortiantur iura, *L. 10. C. de nat. liber. (5, 27.) Nou. 12. cap. vlt. Nou. 18. cap. vlt. Nou. 89. cap. 8.* inter ea autem iura primogeniturae, legitimorum liberorum seniori a legibus tributa, iure ac merito sunt referenda.
- 2) Retrotrahitur legitimatio ista ac, si ea procedit, legi-

legitimandi eo momento, quo lucem adspexerint, iam legitime nati esse censentur, vt supra est monstratum. Sententia nostra, quoniam secundum eam post genitis ius auferri videatur, quod ipsis competat, displicet: *H. Treutlero, disp. 1. thes. 7. R. Bachouio, comm. ad Treutlerum, tom. 1. p. 68. A. Gailio, libr. 2. obs. 121. et A. Leysero, spec. 19. med. 1. [I. A. Hellfeld iurisprud. for. §. 146.]* eam autem probant *G. A. Struvius, ex. 3. thes. 50. P. Gudelinus, de iur. nouiss. libr. 1. cap. 15. ac S. de Cocceii, iur. coutrouers. libr. 1. tit. 6. qu. 10. p. 99. [Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 486. Cod. Nap. eandem adoptauit opinionem art. 333.]*

§. II.

Si quis filium procreauit extra matrimonium atque ex illo nactus est nepotem: nepos legitimari potest, defuncto patre, per matrimonium aui subsequens.

Effectus legitimationis ita retrotrahuntur, vt statim ab ipso momento, quo parentes primum concubuerunt, nuptiae celebratae esse censeantur, si postea adhuc celebrentur. Quod quum constet partim ex eo, quod habilis quoque esse debuerit isto ab momento femina ad matrimonium ineundum, secundum *L. 5. C. de nat. liberis (5, 27.)*; partim ex eo, quod *L. 10. C. eod. t.* de eiusmodi parentibus id praesumendum esse statuit, merito quoque parentem nepotis, licet sit viuis iam exemptus, legitimum natum esse et ius, quod ipsi legitima natiuitas tribuerit, ad nepotem transtulisse censemus. 2) Argumentamur idem ex *L. 5. D. de grad.*

grad. (38, 10.) quum filium patris adoptivum naturalis filii ante adoptionem defuncti fratrem esse declarat ac per id nos docet, nepotis patrem legitimorum censui esse adscribendum, quamvis mortuus sit; antequam avus per subsequens matrimonium eum legitimaverit. [Nec non adduci solet (3.) quod liberorum appellatione nepotes et pronepotes caeterisque qui ex his descendunt contineantur L. 220. *D. de V. S.*] Qui nostra a sententia remoti sunt, uti *A. Gailius*, libr. 2. *observat.* 121. *A. Vinnius*, *comment. ad institut.* §. *fin. de nuptiis et W. A. Lauterbachius*, *diff. de legitimatione per subsequens matrimonium*, §. 20. prouocant potissimum ad necessitatem consensus legitimandi atque praesentiae eius, cuius vitium sit purgandum [et cum nepotes iusto procreati sint matrimonio, legitimationem legitimorum inauditi aliquid esse, illegitimis vero legitimationem parentum nequaquam proficere posse contendunt]; contra eos autem pugnant *D. Couarruias*, ad libr. 4. *decret. part. 2. cap. 6.* *G. A. Struuius*, *ex. 3. thes.* 50. ac *S. de Cocceii*, *loc. cit.* [*V. Huber prael. in D. L. 1. tit. 6. §. 10 conf. Glück Ausf. Erläuter. der Pand. §. 144. t. 1. §. 314.* Nepotes, ex filiis praemortuis, aui matrimonio non legitimari quidem, at iura agnationis et legitimorum descendendum iis acquiri statuit *Cod. Nap. a. 332.*]

§. III.

Legitimatio per subsequens matrimonium ita ad tempus retrotrahitur, ut illa fieri nequeat, nisi possit fingi, parentes partus legitimandi isto statim momento fuisse coniuges.

Con-

Concludimus hoc partim ex fictionum natura; partim ex quibusdam legibus, videlicet *L. 5. ac 10. C. de natural. liberis* (5, 27.); nec non *Nouell. 89. cap. 8.* eoque magis miramur, tantum dissensum hac in re inter iurisconsultos exstitisse, id quod statim adparet, si ea comparare volumus, quae hac de re tradiderunt *I. Hoppius, comm. ad inslit. §. 18. de nupt. B. Carpzovius, iurispud. consistor. libr. 2. tit. 14. def. 236. S. de Cocceii, iur. controuers. libr. 1. tit. 6 qu. 15. I. R. C. Henne, diff. de legitimat. liberorum per subsequens matrimonium. Erford. 1754.* Quibus nostra sententia displicet, ii legitimationem adhuc retrahere negant. [Confectaria opinionis, cuius defensionem autor suscepit, sunt, neque adulterinos, neque incestuosos legitimari posse. Sed nullam in legitimatione adesse fictionem neque simplicem, neque retrahentiam, docuerunt: *Prehn, Untersuchung der Frage: ob die Legitimation außer der Ehe gebührer Kinder sich in einer röm. Er-dichtung gründe. Rostock 1777. Glück, Ausf. Erläuter. der Pand. §. 140. t. 2. p. 285. et Thibaut, Ueber die zurückwirkende Fiction bei der legit. per subs. matr. Versuche t. 1. n. 10. p. 207. Ideo hic, System des Pand. R. t. 1. §. 485. adulterinos, incestuosos et spurios legitimari posse putat, quin etiam, exceptis adulterinis per subsequens matrimonium. C. A. Günther princ. iur. rom. priu. nou. t. 2. §. 475. Ius Gallicanum, cum natiuitas illegitima nulla notetur macula, omnes legitimationis species aboleuit, sola legitimatione per matrimonium subsequens superstita, qua iura familiae adquiruntur. Attamen neque adulterinos neque incestuosos legitimare fas est. Cod. Nap. a. 331. Species legitimationis vel quasi est agnitio libe-*

liberorum naturalium qua tamen ex damnato coitu nati quoque excepti sunt. *Cod. Nap. a. 334—343.*]

§. IV.

Qui liberos generare non potest, ille nec adoptionem potest peragere.

1) In adoptione fingitur pater filium generasse, quem non generavit; ea vero est fictionum natura secundum normam legum civilium, ut id, quod fingatur, esse potuerit, sed solum haud sit. 2) Si etiam iis licita esset adoptio, qui generare non possent liberos, necesse esset, ut quoque id permitteretur castratis; sed eos recte excludit ab adoptione imperator, §. 9. *I. de adopt.* (I, II.) 3) Quum *Ulpianus* inter eos, qui generare facile non possunt eosque, qui prorsus impotentes sunt, distinguit ac solum illis adoptionem permittit, tacite simul hos ab ista arcet, *L. 6. D. de liberis et postum.* (28, 2.) 4) Si adoptio in his solum locum habet, in quibus etiam natura habere potest, necesse est, ut abstinere oporteat eos ab adoptione qui liberos procreare haud possunt; sed prius liquet ex *Iavoleno* *L. 16. D. de adoption.* (I, 7.) Dissentiunt ob *L. 2. §. 1. L. 15. §. 2. ac L. 17. §. 3. D. eod. tit. §. 9. I. cod. L. 14. D. de manumissis vind.* (40, 2.) ac *L. 39. D. de iur. dot.* (23, 3.) *S. de Cocceii, iur. controuers. libr. 1. tit. 7. quaest. 1.* atque alii. [Etiam ex adoptionibus fictionem iuris exulem esse, et non ob impotentiam liberos gignendi sed ex aliis rationibus quibusdam adoptiones esse interdictas docet *Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 489. conf. Hugo Civil. Magazin. 2 B. S. 225—*

227. Cum autore facit *Glück Ausf. Erläut. der Pand.* §. 150. t. 2. p. 349. Iure antiquo Galliae adoptio incognita erat et iure nouo introducta quidem, sed arctis limitibus circumscripta est. *Cod. Nap. a. 343—370.*]

§. V.

Alere tenetur pater filium ab eo abhinc momento, quo est natus.

Quoniam *L. 4. et 5. §. 1. 7. ac 10. D. de agnosc. et alendis liberis* (25, 3.) omni discrimine remoto, patri alendi onus imponitur, propositio haec merito adfirmatur. Opponitur illi *L. 9. C. de patr. pot.* (8, 47.) Dissentiunt *D. Couaruias de matr. part. 2. cap. 8. §. 6.* ac *H. Pistoris, obs. 97.* ac mecum faciunt *B. Carpzouius, part. 4. const. 27. def. 5. M. Colerus, de aliment. libr. 1. cap. 6. num. 4.* ac *L. Mencke, gymnas. pol. disp. 10. thes. 5. p. 161.* [*Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 349.*]

§. VI.

Auus paternus nepoti suo illegitimo alimenta praestare non debet.

Vbi lege haud quisquam ad alimenta alteri praestanda adstringitur, ipsi quoque eiusmodi onus non imponi potest. Illud haud adfirmari potest, de auo nepotis illegitimi, qui est alendus eandemque ob causam merito ab eodem liber censetur. Qui aliud statuunt, id potissimum ideo faciunt, quod auus nepotes suos naturales alere debeat: necessitas
alendi

alendi in iure sanguinis sit fundata, hocque non minus in liberis ex illicito complexo natis; quam legitimis subfit, eandemque ob causam etiam filius iuste exheredatus sit alendus. Nostram sententiam tuentur *C. G. Knorrius de alimentis a matre liberis praestandis, cap. 2. §. 7.* *G. C. Mencke, de quo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praestanda non obligato, ac I. C. Kochius, institut. iuris criminalis, libr. 2. cap. 12. §. 280.* aliud autem statuunt: *B. Carpzovius, part. 2. const. 10. def. 20.* *S. Stryckius, us. mod. libr. 25. tit. 4. §. 3.* ac *I. B. Wernher, part. 1. obs. 134.*

§. VII.

Liberi parentes suos viuis auis alere haud debent.

Liberi solum ad alendos parentes sunt obligati, si egent; illos autem egere non statuere debemus, ubi alii existunt, qui alimenta ipsis praebere debent, secundum *L. 5. §. 13. D. de agnosc. et alendis liberis, vel parentibus (25, 3.)* 2) Ex charitate sanguinis obligatio, alendi liberos, ita descendit, ut, qui gradus sint in amore: iidem in obligatione alendi. Illud haud obscure indicat *Ulpianus, L. 5. §. 2. D. eod.* ex legum autem sententia amor, quo parentes liberos prosequuntur, eum semper superat, quo descendentes adfici constat erga maiores suos. Ita *I. 7. pr. C. de curat. (5, 70.)* parentum amorem nullo alio vinci, adfirmat, quacum *L. 8. §. 3. D. quod metus causa (4, 2.)* ac *L. 67. §. 1. D. de ritu nuptiar. (23, 2)* conspirant. Quum antiquiores interpretes, nimirum *I. a Porta Rauennate, Salicetus, Pontanus, Sur-*

dus atque alii sententiam fouent, a nostra hac in re prorsus alienam: haud quisquam mirabitur, quid sit, quod eandem opinionem amplexi sunt recentiorum nonnulli, in quibus locum quoque tenet *l. Garfias, de expensis et melioration. cap. 3. p. 54. §qq.* [Auctori vero adstipulatur inter alios: *Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. I. §. 556.*]

§. VIII.

Si alimenta liberis praestita conditione indebiti repetuntur hique exceptione, animo donandi ea praestita esse, se tueri volunt, illam probare haud debent, ubi ab ipsis parentibus sunt data; ab eius demonstratione autem immunes haud sunt, si ea alimenta repetat vitricus.

Quod ad parentes spectat, certum est, illud haud probandum esse, quoniam, alimenta ab ipsis data esse animo donandi, praesumendum est, *L. 2. C. de negotiis gestis (2, 19) L. 27. §. 1. L. 34. et 44. D. de negot. gestis (3, 5.)* [Neque parentes alimenta liberis praestita actione negotiorum gestorum, siue per reuocationem vel quasi donationis repetere possunt *Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 350.* Dissentiunt tamen *G. L. Winkler de reuocatione subsidii paterni. Lips. 1794. et Hellfeld iurispr. for. §. 1290.*] Eadem vero ratione id, quod de vitrico est adfirmatum, extra omnem dubitationem est positum. Nam 1) sanguinis ratio, ob quam eiusmodi animus donandi in parentibus praesumitur, in vitrico cessat. 2) Denegat *L. 15. C. de negot. gestis (2, 19.)* vitrico repetitionem alimentorum eo tantum in calu, quo illa erogauit adfectu

fectu paterno; quumque actio negotiorum gestor-
rum parentibus haud prius concedatur, quam si
ostenderint, se beneficium hoc in liberos, reci-
piendi animo contulisse, illud haud requirit supra
memorata constitutio de vitrico.

3) Eum, qui
quidquam soluit, in dubio, illud iactare voluisse,
non esse praesumendum, regula est, ita, vt ex-
ceptiones, ei adiectae, stricte sint interpretandae.

4) Adfectus paternus non praesumitur in vitrico et
hanc ob rem matrem, alteri viro nubentem, tute-
la priuat *L. 1. C. ubi pupill. educ. deb.* (5, 49.)

5) Liberi vitrici possunt repetere id, quod illius
pater priuignorum causa erogavit, *L. 3. C. de
contrar. iud. tutel.* (5, 58.) Aliter sentiunt ob
animum repetendi, qui in repetitione alimentorum
supponitur in *L. 15. C. de neg. gesti.* (2, 19.) ac fa-
vorem priuignorum, cuius vestigia reperiuntur in
*L. 1. C. de secund. nupt. D. Gothofredus ad
Treutler L. 15. C. de negot. gestis, R. Bachovius,
ad Treutler. vol. I disp. 10. §. 3. et I. Philippi,
in usu pract. institut. libr. 3. eclog. 92. Nobiscum
consentit S. de Cocceii iur. controu. L. 3. tit. 5.
qu. 10.*

§. IX.

Filiusfamilias peculium aduentitium ne-
que inter viuos, neque mortis causa, nisi per-
mittente patre, donare potest.

Quodcunque praeiudicium inferre potest patri,
intuitu vfusfructus, ipsi ex legibus in bonis filii
competentis, illud filius de bonis suis statuere ne-
quit; sed priuaretur pater vfusfructu, vbi inter vi-
vos alteri bona donare vellet. Neque vero mortis
causa

caussa donare ea liceret filio, ubi ei id non permit-
tat pater. Quodcunque enim 1) donare vult mor-
tis causa filius familias, illud pertinere debet ad
peculium castrense; vel quasi castrense, obseruante
L. 7. §. *fin.* D. *de donat.* (39, 5) sed ad neutrum
horum peculiorum bona aduentitia numerari pos-
sunt. 2) Permittit quidem L. 25. §. 1. D. *de mort.*
causs. donat. (39, 6.) filio ea donare; sed expressis
verbis requirit, ut id permiserit pater. Quam qui-
dem ob rem filio illud concedere possumus, si pa-
ter id concesserit, sed merito id negamus, ubi hoc
cessat. Discedunt ab hac sententia ob plenam pro-
prietatem peculii aduentitii ad filium familias spe-
ctantem atque argumenta quaedam, ex L. 7. §.
fin. D. *donat.* ac Nou. 117. cap. 1. ducta, M. Ber-
lichius, part. 2. concl. 17. num. 9. A. Facki-
naeus, libr. 5. cap. 25. W. A. Lauterba-
chius, colleg. theor. pract. tom. 3. libr. 45. tit. 6.
atque alii; cum illa autem conspirat modo laudatus
Lauterbachius, diff. de mortis causa donat.
quae tom. 1. dissertat. eius exstat §. 21. [Thi-
baut System des Pand. R. t. 1. §. 364.]

§. X.

Res, quae filiofamilias donatur a princi-
pe, ad peculium pertinet aduentitium extra-
ordinarium.

Quaestio est, quae diuersa ratione a iurisconsul-
tis deciditur. Sequimur illorum sententiam, qui
eiusmodi donationem in peculiorum aduentitiorum
extraordinariorum scribunt censum, quumque hoc
statuimus, simul ab aduentitio peculio regulari
aeque ac peculio militari illud distinguimus. Pe-
culium

culium aduentitium regulare talem donationem sub se haud comprehendere, patet ex. L. 7. *C. de bon. quae liber* (6, 61.) Quum ibi comparatur solum cum castrensi, et ad eius similitudinem tantum filiisfamilias facultas, de re disponendi, tribuitur; principis autem munus cogitari potest sine respectu ad arma, vel studia donatarii: neque in peculiorum illud scribimus censum militare; nonne vero his positis, ut peculium illud aduentitium irregulare esse existimemus, necesse est? Nonnulli cum *S. de Coccetti, iur. controu. libr. 15. tit. 1. quae 3.* ob causam publicam, ex qua eiusmodi liberalitates proficiscuntur ac L. 7. *C. cit.* ad quae castrensia peculia illud numerant [quibuscum conveniunt *Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 359.* et *Günt her princ. iuris rom. priv. nov. t. 2. §. 460*] alii eum *W. A. Lauterbachio, diss. de pecul. aduent. irregulari, §. 14.* et *Fr. Heusingero, de iure peculii aduentit. extraord. cap. 2. p. 16.* munera a principis liberalitate profecta inter peculia extraordinaria aduentitia referunt [add. *1. O. Westen berg princ. iur. civ. sec. ord. D. L. 15. tit. 1. §. 23.*] *I. H. vero Bergerus, oec. nom. iuris libr. 1. tit. 2. §. 2. num. 11.* ac *Io. Brunemannus*, ad L. 7. *C. de bonis quae liberis* distinctione quadam; diuersa tamen ratione, litem componere student, praeter quos hac de re videntus est *I. Schilterus, prax. iur. Roman. exerc. 44. §. 47.*

§. XI.

Licet quisquam filio curatores constituat, quibus administrationem rerum, ipsi relictarum imposuit, patrem earum usufructu per id haud priuat.

Pater

Pater vsumfructum haud prius amittit in eiusmodi rebus; quam si claris verbis eorum vsumfructus ipsi est ademptus; illud autem sola nominatione tutorum haud sit, quum alius habere potest vsumfructum, vbi alius res administrat. Lis hac de re existit inter *P. Heigium*, part. 2. quæst. 12. num. 11. *M. Berlichium*, part. 1. decis. 136. ac *I. F. Ludouici*, diss. de tacita prohibitione vsumfruct. paterni, §. 31. *B. Carpzonius* sibi ipse repugnat, si comparare velimus, quæ part. 2. const. 10. def. 10. et part. 3. const. 1. def. 13. profert: qui autem contrariam tuentur sententiam, ab administratione ad vsumfructum concludunt ac tacitam quoque prohibitionem obtinere posse, vti in Falcidia, opinantur.

§. XII.

Neque hoc statuendum est, vbi testator fratrem suum fratrisque filios heredes instituit: vbi filio fideicommissum a patre relinquitur, pater heres est institutus filioque legatum relictum; vel alienatio bonorum interdicta.

Omnes hæc propositiones ex eodem, quod §. II. adduximus, argumento constant. Optime illud defendit *I. F. Ludouici*, diss. laudata; sed aduersatur antiquioribus potissimum iurisconsultis, *M. Berlichio*, part. 1. decis. 136. *I. F. Andreolo*, controuers. forens. 224. atque aliis.

§. XIII.

Peculium aduentitium ordinarium in irregulare per abusum rerum filiifamilias a patre haud mutatur.

Sin-

Singularis est natura ususfructus paterni et ab aliis speciebus ususfructus ad illum non valet consequentia, quum ex pleno dominio, quod quondam patri in res filiorum competeret, sit derivandus. Nullum dein cogitare debemus peculium; nisi lex adsit, in qua illud fundatur; ubi vero est lex ista, ex qua tali modo peculium sit constituendum? Litigant hac de quaestione *IV. A. Lauterbachius*, *diff. de pecul. aduentitio* §. 2. *vol. 3. disput. academicar. p. 299.* et *S. Stryckius*, *vs. mod. tit. D. quibus mod. ususfructus finiatur*, §. 6. *A. Faber*, *libr. 6. cod. Sabaud. tit. 36. def. 13.* et *F. Heusingerus*, *loc. memorat.* Prior sententiae nostrae aduersantur, quod ea, quae de usufructuariis generatim cauta sunt in *L. 34. §. 3. D. de usufructu* ac *L. 10. [L. 11. L. 18.] D. quemadm. seru. amitt.* (8, 6.) ad patrem adplicanda esse censeant. [Quae autem ad aliam plane quaestionem pertinent, is enim uti non videtur, qui aliud, quam quod licet, agit, ideoque servitutem perdit *non utendo*, minime vero *male utendo*. Patrem tamen, si rebus aduentitiis filii abutatur, administratione deiici, servato usufructu, et, si dolo malo in hereditate filio restituenda egisset, omni iure priuari ex *L. 50. D. ad SC. Trebell.* (36, 1.) docet *Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 363*]

§. XIV.

Pecunia lustrica peculium est ordinarium aduentitium.

De pecunia quidem lustrica a Romano iure nihil est sancitum; huius tamen quaestionis merito hoc loco mentionem facimus, quam ex civili deciditur iure

iure atque a multis doctoribus iam in medium prolata. Inter diuersas sententias, in quas hac in re discesserunt, ea potissimum mihi placet, propterea quod peculium sit aduentium et illud pro regulari est habendum; nisi contrarium ex legibus probari queat. Nobiscum faciunt *B. Carpzouius*, *iurisprud. part. 2. const. 24. def. 18.* *S. de Cocceii*, *iur. controu. civil. tit. de pecul. quaest. 14.* *A. Leyserus*, *med. ad pandect. spect. 166. m. 1.* *C. A. Braunius*, *de usufr. parent. in bonis liberor.* *F. Heusinger*, *loc. citat. p. 24.* ac *C. F. Luz*, *de iure pecuniae lustricae*, *Tubing. 1783.* ab iis autem dissident 1) *Io. Brunnemannus*, *ad Dig. Lib. 37. tit. 6. l. 6. n. 23.* et *Lib. 15. tit. 1. l. 19.* quum pro qualitate donatoris mox aduentitium, mox profectitium peculium esse eam putat: 2) *I. G. Simon*, *diff. de iuribus patrinorum*, *Ienae 1679.* ac *G. Radouius*, *diff. de pecunia lustrica. Rostochii 1676.* qui eandem in classem peculiorum quasi castrensum scribunt: 3) *S. Stryckius*, *not. ad Brunnemanni ius ecclesiast. p. 294.* *Hoppius*, *ad §. 1. Inst. per quas person. cuique adquir.* *I. H. Bergerus*, *oecon. iuris libr. 2. tit. 2. §. 33.* ac *I. A. Hellfeld*, *opusculis*, *p. 132.* qui pecuniam lustricam peculium aduentitium irregulare esse credunt ac tandem *C. Thomafius*, ubi illi qualitatem peculii diss. *de hypotheca tacita propter pecuniam lustricam*, *§. 5. tom. 4. diff. p. 334.* penitus denegat, cui tandem *I. G. Krausium*, *diss. de pecunia lustrica*, *Viteberg. 1728.* et *I. F. Ioachimum*, *de donis baptismalibus; seu pecunia lustrica*, *Halae 1736.* adiicias. [In quo, diuersarum opinionum conflictu, id certe veritate niti videtur, pecuniam lustricam nulli peculiorum generi indistincte adscribi posse, sed solam donantium intentione-

tentionem spectandam esse. Regulariter itaque ad peculium aduentitium ordinarium pertinebit, sed pro re nata, extraordinario quoque, vel etiam profectio annumeranda. Ita *Io. Voet ad Dig. L. 15. tit. 1. §. 4.* *Hofacker princ. iur. ciu. t. 1. §. 582.* *Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 364.* Ius nouum Gallicanum, omni peculiorum discrimine sublato, parentibus in bonis liberorum propriis tribuit administrationem vsque dum liberi 21. annum aetatis, et vsumfructum. vsque dum 18. annum compleuerint. *Cod. Nap. a. 384. 389.*

§. XV.

Feudum, filiofamilias concessum, ad peculium castrense in dubio referendum est.

Feudum ordinarie concedi solet propter seruitia militaria, quemadmodum iuris feudalis doctores clare demonstrant, et licet sine illis cogitari queat feudum; seruitia tamen militaria inter naturalia feudi locum habent, quae adesse in feudo praesumuntur. Hoc si certum est atque expeditum, merito quoque statuendum est, feudum in dubio ad peculium castrense esse referendum, propterea quod ad id, quidquid filius sibi ex militia acquirit, pertinere solet. Dissentiunt *R. Bachovius*, in *not. ad Treutlerum*, vol. 1. disput. 16. thes. 12. *W. A. Lauterbachius*, *diff. de peculio filiorumfam.* §. 7. atque alii. Nobiscum consentit *G. A. Struvius syntagm. iur. feud. cap. 5. num. 4.* cui addas *F. Heusingerum*, *loc. citat.* [Vix vnum altervmue exemplum nostra demonstrare poterit aetas feudi propter militiam concessi. Quam ob rem non a vero alieni esse videntur qui feudum filio familias con-

concessum peculio potius profectitio vel aduentitio accensendum esse docent, vti *Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 357.* Noua quidem Imperii Gallici feuda procul dubio ad castrense referenda essent peculium, nisi totus ille locus de peculiis ex iure nouo Galliae exulasset. Attamen *art. 387. Cod. Nap.* definitum est, bona quae filiis propria et separata industria quaesita, vel iisdem ab extraneo sub expressa conditione, ne parentes eorum vsumfructum habeant, data relictave sunt, ab vsumfructu parentum legali exemta esse. Quae si quis bona peculio militari vel aduentitio irregulari romanorum comparare velit, non valde errabit].

§. XVI.

Neque pater, qui vnā partem debiti, a filiofamilias contracti, soluit; neque filius, qui, paterfamilias factus, creditori ex parte pecuniam soluit, quam ipsi mutuam dedit, quum patriae potestati adhuc esset subiectus, contra creditorem, ab eo petentem, exceptione SC. Macedoniani se tueri potest.

1) Qui partem debiti soluit, illum totum probare, regula est, quod extra omne dubium positum. Non potest enim eiusmodi debitor exceptionem non numeratae pecuniae opponere, L. 4. C. de non numerat. pecun. (4, 30.) nec quisquam debet ex parte obligationem probare et de ea, tanquam iniqua, ex parte queri, L. 39. §. 1. D. de operis libertorum (38, 1.) 2) Euidens hoc est ex *Vlpiani* effato, L. 7. §. fin. D. de SC. Macedon. (14, 6.) idque eo luculentius, vbi hoc ope inscriptionum coniungamus cum alio loco *Vlpiani* L. 9. pr. D.

D. h. t. ex eodem libr. 29. ad edictum delibato. Vtitur 1) iurisconsultus dicendi formula, *cessabit senatusconsultum*, quae aliis in locis non nisi iis in casibus adhiberi solet, in quibus sanctio haec amplius non locum habet. Neque 2) aliter hoc loco explicanda esse verba haec, ex eo perspicimus. quod exceptionem saltem, minime autem actionem pariat senatusconsultum, hancque ob rem necesse sit, ut verba ipsa se ad reliquam debiti partem, nondum solutam referant ac de altera, iam soluta, intelligenda sint solummodo cetera verba, quibus illam repeti posse, negat. Tradit 3) dein de casu, quo eiusmodi debitor, paterfamilias factus, rem quamdam alteri pignori dedit, in illo exceptionem senatusconsulti in tantum, in quantum scilicet pretium rei oppignoratae quantitatem debitae summae non excedit, cessare, quumque hoc priori sententiae, ut ex virtute particulae aduersatiuae, *sed*, hoc loco adhibitae, adparet, opponit, luculenter per id indicat, secundum istam, exceptionem hanc, ubi pars est soluta, penitus extinctam esse. Quum denique 4) superuacanei operis culpam euitare haud potuisset *Ulpianus*, si hoc loco partem solutam repeti haud posse, tantum dicere vellet, quoniam id de toto, ubi sit solutum, pluribus locis significatur et quod de toto verum est, id quoque de eius parte omnino intelligendum esset, merito colligendum est, iurisconsultum quoque de reliqua parte, quae nondum esset soluta, quaestionem in medium proferre voluisse ac de ea statuere, ad eam soluendam debitorem perfecte esse obligatum. Sententia nostra placet *Glossae*; neque minus *W. A. Lauterbachio*, coll. theor. pr. L. 14. Tit. 6. §. 21. *H. Treutlero*, vol. I. disp. 20. thes. 8. lit. a. *Müllero*, ad *Struv. exerc. 20. th. 57. n. 1. I. H.* Ber.

Bergero oecon. iur. libr. 3. tit. 2. §. 2. atque fratribus *Overbeck Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band 1. p. 260.* [Quod etiam probatur *H. Donello, Commentar. iur. civ. L. 12. c. 23.* *Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. T. 3. §. 4135.* *Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 377.* et *F. Schöman Handbuch des Pand. R. t. 2. p. 105. et p. 266.* cuius tamen rationes, quae de *L. 7. §. vlt. et L. 9. D. h. t.* diuersitate in medium protulit, minus probabiles videntur. *Legem 9. cit.* de eo loqui putat casu, si res ob aliud debitum inter eosdem contractum pignori data sit, creditorque iure retentionis vtatur. Sed, si quoque quod iure retentionis gaudeat, concedamus; quid, si nullum aliud inter eosdem debitum existat, statuendum erit, cessabitne tunc exceptio SCti in totum an vsque ad quantitatem solum pignoris? — Quare *Donelli* interpretatio praeferenda videbitur.] Dissentiunt ob eandem *L. 9. pr.* inter antiquiores *Bulgarus*; inter recentiores autem *Fr. Connanus, commentar. iuris ciuilib, libr. 7. cap. 2. num. 2.* *G. A. Struuius, syntagm. iuris ciuil. exerc. 20. thes. 57.* *R. Bachouius, ad Treutler. tit. de SC. Macedon. disp. 20. thes. 8. litt. a.* *I. Schneidewin, ad §. 1. I. quibus alien. licet* *G. Beyerus, ad SC. Macedon. pos. 12.* *B. H. Reinoldus, ad SC. Macedon. cap. 3. p. 32.* *I. O. Westenbergius, princ. libr. 14. tit. 6. §. 19.* Medium tandem viam eligere videtur *P. Christinaeus, decis. vol. 3. dec. 35. num. 2.*

§. XVII.

Quum creditori, qui iustas prae se fert rationes, filium familias cui mutuum dedit pecuniam

cuniam pro patrefamilias habendi, exceptio SC. Macedoniani opponi häud potest; illud häud praesumitur, sed a creditore est probandum.

Prius discimus ex eo, quod *Iulianus*, teste *Vlpiano* in L. 3. D. ad SC. Macedonian. in eo, qui scire non potuit, an sit filiusfamilias, cum quo contrahat, senatus consultum Macedonianum cessare tradiderit, hocque *Vlpianus* adprobauerit, dum solum ei, qui neque scit, neque scire potuit, filiumfamilias esse hominem sui iuris, exceptionem senatusconsulti tribuit [adde, quod L. 2. C. ad SC. Mac. (4, 88.) ei, qui sui iuris esse publice visus fuerit, Senatusconsulti exceptio denegetur]; sed posterius non minus extra omnem dubitationem est positum. Nam 1) praesumunt iura, contrahentem scire conditionem eius, cum quo contrahat, L. 19. pr. D. de R. I. et praesumptionum est natura, ut locum habeant, donec alter probet contrarium. Quum dein 2) L. 1. C. ad SC. Macedonian. (4, 28.) exceptionem senatusconsulti eo demum casu deficere statuit, si creditor docere, possit, se iusta ex ratione credidisse filiofamilias, se esse patremfamilias, adfirmanti, novum nostrae sententiae accedit robur. Qui aliud statuunt ad praesumptionem ignorantiae prouocant L. 21. D. probat. (22, 3) fundatam; sed mecum faciunt *W. A. Lauterbachius*, coll. theor. pract. L. 14. tit. 6. §. 7. et *B. H. Reinoldus*, ad SC. Maced. cap. 3. §. 3. in eius opusculis, a *I. F. Iuglero* editis, p. 444. [*Hofacker princ. iur. civ. rom. germ. t. 3. §. 4133.*]

§. XVIII.

Senatusconsultum Macedonianum obligationem filiofamilias non extinguunt, sed solum actionem ex ea descendentem.

1) Placuit senatui amplissimo solum, ne eiusmodi foeneratoribus actio petitioque daretur, L. 1. *pr. D. ad SC. Maced.* (14, 6.) 2) Negat senatusconsultum, nomen filii familias fieri bonum, videlicet tale nomen, quod non facile exigi potest; siue illud, quod non iure petere possumus, ut arbitratur *Reinoldus, ad SC. Macedonian. cap. 2.* 3) Tribuit L. 10. *D. eod.* filiofamilias obligationem naturalem, scilicet eam, quae cum iure agendi haud est coniuncta, ac per id clare significatur, obligationem ipsam haud extinguere. 4) Quod quis alteri ex ignorantia soluit; nec tamen condictione indebiti repetere potest, ad illud soluendum, si non civiliter, ad minimum tamen naturaliter debet esse obligatus; sed filiofamilias eo in casu repetitionem summae solutae denegat L. 9. §. 4. *D. eod.* 5) Quem lex ab actione quidem liberat; eum tamen non plane exonerat, illius obligationem haud extinguunt; verum illud de filiofamilias ait L. 9. §. 4. *D. eod.* Qui aliud statuunt [vti *A. Vinnius, select. quaeest. L. 1. c. 49. W. A. Lauterbach Coll. theor. pr. L. 14. tit. 6. §. 16. alique*] prouocant L. 1. et 18. *D. eod.* sed *S. de Cocceii, iur. controuerso, libr. 14. tit. 6. qu. 7. nobiscum facit.* [Add. *A. D. Weber Systemat. Entw. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 88. et Ejusdem Beiträge zu der Lehre von d. Klagen I St. p. 53. Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 376.*]

§. XIX.

§. XIX.

Quemadmodum filiusfamilias conditioni mutui iure opponit exceptionem senatusconsulti Macedoniani; ita idem quoque licet eius fideiussori.

Clare 1) hoc docent L. 7. *pr.* et §. 1. ac 9. §. 3. *sq.* *D. de SC. Mac.* (14, 6.) 2) Quaecunque exceptio causae cohaeret et realis est, illa uti potest fideiussor; exceptio vero SC. Macedoniani realis est; neque solum filiofamilias ideo tribuitur, quod sit filiusfamilias; sed ideo datur, quod pecunia numerata filiofamilias mutuo sit data. Sententia, quam tuemur, communis est et inter recentiores a G. A. Schuberto, *diff. de fideiussione pro filiofamilias mutuum contrahente inualida*, Lips. 1723. ac I. L. Schmidio, *libr. sing. de fideiussore plane non obligato*, *sect. 2. cap. 2. §. 205. p. 204.* pluribus argumentis est corroborata. Displicuit quidem ea ob dolum, cuius participem reddere se videtur fideiussor: porro ob L. 6. 7. 25. *D. de fideiussor.* (46, 1.) I. L. Drechslero, *diff. de exceptione senatusconsulti Macedoniani, fideiussoribus filiorumfamilias dene-ganda*, Altorf. 1758. verum enim vero docte contra illum disputarunt I. L. E. Püttmannus, *probabil. iuris civil. libr. 1. cap. 19. p. 138.* ac D. Nettelbladt, *diff. sistente thesin, exceptionem SCti Macedoniani etiam fideiussori, pro filiofamilias competente*, Halae, 1785.

§. XX.

Filius, a patria potestate per dignitatem liberatus, senatusconsulto Macedoniano uti non potest.

1) Senatusconsultum hoc solum filii familias concessum est, propterea quod illi nihil sibi adquirant ideoque nec de suo pecuniam mutuo acceptam restituere queant: haecce autem ratio cessat in eo, qui per dignitatem a patria potestate est liberatus ac paterfamilias factus. 2) Si cessat SC. Macedonianum, si quis ei, qui paterfamilias factus, crediderit, siue hoc siue illo modo iuris sui sit effectus, *L. 3. §. fin. D. de SC. Mac. (14, 6)* necesse est, ut idem statuamus de eo, qui mutuam accepit pecuniam, si dignitate illustri est decoratus, postquam de eo *nouell. 81.* cautum est, eum per id exire ex patria potestate. Qui dissentiunt, prouocant ad *nou. 81.* propterea quod secundum eam dignitas liberat solum ab oneribus patriae potestatis. Cum his faciunt *L. Mencke, gymnas. polem. disp. 6. p. III.* ac *H. Hahnus, not. ad Wesenbecium, L. 14. tit. 6. num. 15.* sed nostram in sententiam discedunt *I. Strauchius, diff. 13. aphor. 5.* et *P. Müllerus, ad Struu. tom. I. p. 1236.* [*S. de Cocceji jure controuerso. L. 14. tit. 6. qu. 3.*]

§. XXI.

Renunciatio SC. Macedoniani, etsi quoque sit a filiofamilias iurato facta, illud non tollit.

Quidquid meum in fauorem haud est introductum, ei renunciare nequeo, *L. 29. C. de pact. (2, 3.)* Senatusconsultum in fauorem filiorumfamilias haud est introductum atque in odium potius foeneratorum, quod discimus partim ex *L. 40. D. de condict. indeb. (4, 5.)* partim ex *L. 9. §. 4. D. de SC. Maced. (14, 6.)* Neque itaque ei filiosfamilias renunciare posse, merito argumentamur.

Hoc

Hoc si certum, 1) SC. Macedonianum haud tollitur per renunciationem simplicem; neque vero 2) per iuratum, quum iusiurandum negotium, in se invalidum, firmare haud potest: illud ex L. 7. §. 16. *D. de pactis* (2, 14.) ac L. 5. §. 1. *C. de Leg.* (1, 14.) constat; neque ei fauet ius canonicum ob c. 58. *de reg. in 6to.* Dissentiunt ob L. 7. §. *fin.* ac L. 10. *D. de SC. Mac.* (14, 6.) *P. Christinaeus*, vol. III. *decis.* 95. num. 70. *V. Zasius*, libr. 2. *resp. c.* 28. et *D. Covarruvias*, ad cap. *quavis de reg. iur. in 6to* cum aliis: sed nostrae sententiae adhaeret *L. Mencke*, *gymnas. pol. disp.* 6. *thes.* 9. p. III. [*Thibaut System des Pand. R.* t. I. §. 376. Iure nouo Gallicano exceptio SC. Macedoniani sublata est, cum patria potestas in maioribus 21. annis cesseret. *Cod. Nap. art.* 372.]

§. XXII.

Datur iure Romano emancipatio tacita.

1) Clare hoc indicat *Vlpianus*, L. 25. *pr. D. de adoptionibus* (1, 7.), si eius verba paullo curatiori studio ponderamus. Format sibi ibi iurisconsultus eam speciem, qua femina testamentum condit hocque pater eo nomine impugnat, quod illa filiafamilias fuerit: neque condere potuerit testamentum, idque patrem impugnare posse negat. Concedit, quod probe notandum est, patrem filiam neque iure, neque praesentibus testibus emancipasse, ideoque illam expresse haud esse emancipatam, id denuo per verba, quibus, eam *ut matrem familias, quasi iure emancipatam*, vixisse, significat, omnibus iis declarat, quibus haud ignota est vera vis ac ratio vocabuli Stoicis potissimum vsitati:

quasi, quive perpendunt, scriptorem, si filia haec iure emancipata esset, non addidisse, illam ut *matremfamilias* vixisse, quumque nihilominus, valere debere testamentum, pronunciat huiusque sententiae rationem in eo ponit, quod ut *materfamilias* vixerit, aperte per id significat, tacitam emancipationem locum habere. 2) Qui diu patitur, ut *filiofamilias* ea, quae solum *patrifamilias* sunt propria, tribuantur hicque pro *patrefamilias* se gerat, ille patriae potestatis sit expers, secundum constitutionem *Veri et Antonini*, L. 1. C. de patria potestate (8, 47.): nonne vero per id tacita statuitur emancipatio? Qui aliud opinantur ad L. 5. et 6. C. de emanc. liber. (8, 49.) prouocant. In his numeramus C. Thomassium, diff. de quasi emancipatione Germanorum, Halae, 1702. ac I. H. Boehmerum, de statu liberorum sui iuris factorum per separationem; vel nuptias, Halae Magd. 1738. [Add. Hofacker princ. jur. civ. rom. germ. t. 1. §. 619] Nobiscum faciunt A. Leyserus, spec. 164. med. 5. G. Barthius, diff. de emancipatione Saxon. §. 4. in dissertat. eius iuridicis p. 221. ac G. F. Kraussius, diff. emancipationis tacitae ac Germanicae, Vitembergae, 1759. [Nec non Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 495.]

§. XXIII.

Frater sororem vel fratrem egenum alere non debet.

1) Qui legitimam alteri absolute relinquere haud debet, is nec obligatus est ad eum alendum. 2) Cui onus alendi legibus clare atque euidenter haud est impositum, is ad illud suscipiendum haud potest cogi. Aliud placuit ob L. 1. §. 2. D. de tutelae et rat.

rat. distr. (27, 3.) *L. 4. D. vbi pupillus educari deb.* (27, 2.) ac *L. 13. §. fin. D. de administrat. et petic. tutor.* (26, 7.) *M. Colero, de aliment. libr. 1. cap. 9. G. A. Struvio, ex. 30. thes. 78. t. 2. p. 497. atque A. Leysero spec. 325. med. 2. t. 6. p. 414. sed refutatur a Frid. Behmero iur. controu. tom. 2. obs. 150. p. 665. ac F. Poppio, diss. de imperfecta fratrum sororumque ad se inuicem alendos obligatione, Altorfii, 1790.*

MEMBRUM TERTIUM.

DE

IVRIBVS AC OBLIGATIONIBVS TUTORVM
AC PUPILLORVM, CVRATORVM AC
MINORVM.

§. I.

IN definitione tutelae, quam §. 1. *I. de tutel.* exhibet, caput liberum denotat tutorem.

1) Vbi hoc existimamus: non necesse est, statuere, iurisconsultos casum auferendi pro accusatiuo posuisse hancque ob rem contra regulas grammaticas peccasse. Nominant potius tutelam *vim* ac *potestatem* in *capite libero* ac per id satis luculenter ostendunt, hancce vim ac potestatem, de qua loquuntur, habere caput liberum *). 2) Vbi iuris-

con-

*) Qui adfirmant, nonnunquam veteres, praepositione *in* vtentes, loco casus accusatiui ablatiuum adhibuisse, provocant partim ad leges aeque ad libros iurisconsultorum;

partim

consulti *capitis liberi* mentionem faciunt, per illud solummodo hominem intelligunt, qui libertatem habet

partim ad loca aliorum auctorum. Quum haec potissimum ea sunt, quae adlegari solent ex *Plauto*, in *Amphitruone*, act. 4. scen. 3. *Cicerone*, orat. pro domo, cap. 6. ac *Gellio*, libr. 5. noct. *Atticar.* cap. 19. reuera nos non tangunt, quoniam non semper ad iurisconsultos ab aliis scriptoribus valet consequentia atque exempla, ab iis petita, ita singularia sunt, vt illorum imitatio profecto haud statui possit; neque vero minus ea, quae ex legibus aequae ac libris iurisconsultorum petuntur, ita sunt comparata, vt ex iis impugnari queat praesumptio, ad quam prouocavi. Inter leges solum fragmentum quoddam legis duodecim tabularum; ex libris autem iurisconsultorum quatuor potissimum illorum effata notari debent, L. 1. §. 7. D. de coniung. cum emancipat. liberis (37. 8.) L. 53. D. de manumissis testamento (40. 4.): L. 22. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.) ac L. 4. §. 4. D. ad leg. Iul. peculatus (48. 13.) Legem decemviralem tabula 4. leg. 1. I. N. *Funceius*, legibus 12. tabular. suis fragmentis restituitis, p. 201. ita exhibet: *Patrei endo fidio m iou stom vitai necisque potestas esto d*, et licet *Dionys. Gothofredus* eamque legem ita formet: *Endo liberis iustis ius vitae ac necis potestas eo esto*, merite animadvertendum est, legem hanc ea inter fragmenta referri debere, quorum verba ipsa ad nos non peruenerunt. Haud itaque curate definire possumus, quatenam constructio huius praepositionis decemuiris placuerit; loquendi autem illas formulas, quae legibus, modo adlegatis, occurrunt, videlicet *in rationibus referre, succedere in loco, ius praecipuum in accusationem habere atque pecunia in usu aliquo accepta* sedulo distinguere debemus. Ob duas posteriores iurisprudentes vitii grammatici arguere non possumus, quum omnino recte *Papinianus* dicit L. 22. D. ad legem. Iul. de adult (48. 5.), *in accusationem viduae filiae habet pater ius praecipuum ac si quoque vltatius fuisset, si Martianus scripsisset* L. 4. §. 4. D. ad leg. Iul. pecul. (48. 3.) *in usum aliquem accepta pecunia*; *Columella* tamen libr. 10. de re rustica cap. 48. eodem modo est loquutus. Longe quidem aliter res sese habet in

habet iuris gentium; seu, quod idem est, qui non est servus. Patet id ex *Ulpiano*, *fragmentor. tit. 9. §. 5. in iurisprudencia Anteiustinian. Schultingii*, p. 595. qui de capite libero a parente alteri mancipato loquitur, ideoque minime per illud hominem sui iuris intelligere potest, ut putat *Heineccius clem. iur. ciu. libr. 1. tit. 13. §. 203. p. 66.* et ex *L. 2. §. 2. D. de lege Rhodia de iactu (14, 2)* Tribuimus itaque merito eandem notionem huic vocabulo nostra in definitione; nec possumus itaque; quin illud interpretemur de tutore, propterea quod tutorem oportebat esse hominem liberum, *L. 22. D. de test. tutel. (26, 2.)* sed non omnis liber homo subiectus esse poterat tutelae. 3) Separat nostra definitio a capite libero eum, qui ob aetatem se defendere nequit, quumque hic est pupillus, per id tacite nobis declarat, caput liberum esse tutorem; contrarium autem ideo statuitur, quod his verbis significetur differentia inter tutelam ac curam; pupillus obiectum tutelae constituat ac veteres *capiti liberi* nomine eum, qui subest magis; quam illum, qui regit, designauerint obseruante *Ulpiano*, *fragm. tit. 9. §. 3.* Dissentiunt inter antiquiores institutionum interpretes, *Theophilus*, *paraphr. institut. tit. de tutel. §. 1. tom. 1. p. 137. edit. Reitzii*, quum verba: vis ac potestas in capite libero, graece conuertit: *δικαιον καὶ ἐξουσία κατὰ ἐλευθέρου κεφαλῆς*, ex recentioribus autem: *Fr. Hottomannus*, *comm. institut. imper. p. 59.* *I. Mercerus*, *libr.*

in duabus prioribus, etsi habeant strenuum defensorem in *C. A. Duckero*, *de latinitate iurisconsultorum veterum*; p. 351. *sq.* nemo tamen ex iis colligere audebit, *Seruium Sulpicium* eodem modo a regulis grammaticis discedere voluisse.

libr. 2. opinion. et obseruat. cap. 21. tom. 2. thes. iur. Rom. E. Ottonis p. 160. V. Huberus, praelect. iur. ciuil. tom. 1. libr. 1. instit. tit. 13. p. 18. P. Müllerus, not. ad Struuium exerc. 31. thes. 2. H. V. Hunnius, var. resolut. iur. libr. 1. tract. 4. quæst. 2. p. 182. Nostram in sententiam discedunt I. G. Heineccius, elem. iuris ciuilis, 1. libr. 13. p. 203. A. Vinnius comm. ad pr. I. de tutelis, p. 92. E. Otto, comm. ad instit. de tutelis, §. 1. p. 103. atque alii. E. Merillius, obseruat. iuris Rom. libr. 8. cap. 17. G. C. Gebauer, programm. de definitione tutelae Seruii Sulpitii in L. 1. de tutel. et §. 1. Inst. eod. Göttingae 1773. ac C. Wagnerus, de genuino definitionis tutelae intellectu, Lipsiae 1742. hac de re etiam euoluendi sunt.

§. II.

Pater exheredato tutorem dare potest.

1) Fundamentum iuris patris, liberis tutorem dandi, est solum patria potestas, ea ratione, vt, qui patriae potestati est subiectus, ei dari quoque queat tutor, secundum *L. 1. D. de testam. tutel. (26, 2.)* ac *§. 3. I. de tutelis (1, 7.)*. Iam exheredati non minus quam alii sunt sub patria potestate, eandemque ob rem etiam iis tutor dari potest. 2) *Modestinus* clare scribit, etiam exheredato patrem posse tutorem dare *L. 4. D. de testam. tutela (26, 2.)* Neque minus 3) rem testatam facit *Papinianus* *L. 26. §. 2. D. eod. t. effato*, paullo maiore attentione digno. Meminit quidem tutoris, qui exheredato filio fit datus atque a praetore primum confirmandus; sed haud sine ratione addit, illud de-

mum

num fieri debere, vbi querelam inofficiosi testamenti instituere vellet, ideoque tutelam ipsius ex testamento, quod impugnat, haud potest deducere. Nonne vero per id simul haud obscure indicat, tutorem confirmatione iudicis minime indigere ac non minus esse tutorem testamentarium, vbi testamentum, quo nominatus sit tutor, haud impugnat? Quanam quaeso 4) ratione *Scaeuola*, L. 31. D. *cod. t.* monuisset, tutores eiusmodi esse a praetore confirmandos, si nomine pupilli, exheredati, rupto testamento, ab intestato hereditatem adire vellent; nisi alioquin sine iudicis confirmatione tales tutores munere suo fungi possent tamquam tutores testamentarii? Qui a nostra sententia dissident, provocant ad comparisonem exheredati cum mortuo ac praeceptum L. 73. §. 1. D. *de R. I.* (10, 17.) non nisi heredi suo tutorem dandum esse, atque argumenta satis speciosa profert *F. Hottomannus*, libr. 6. *observat. cap.* 5. quae vero vsque eo haud valuerunt, vt in eandem sententiam *S. de Cocceii*, iur. controuers. libr. 26. tit. 2. qu. 2. ac reliquos iuris interpretes trahere possent. [*I. O. Wessienberg*, princ. iur. sec. ord. Dig. L. 26. tit. 2. §. 5. *Thibaut System des Pand. R. t.* 1, §. 503.]

§. III.

Creditor vel debitor a pupilli patre in testamento tutor nominari potest.

- 1) *Scaeuola* loquitur L. 70. D. *de procurator*, (3, 3.) de casu, quo pater filio creditorem suum tutorem dedit ac per id haud obscure nobis significat, illud patri fuisse permissum. 2) *Nou.* 72. *cap.* 3. solum de tutoribus legitimis aequae ac dativae cautum

cautum est, eos non posse tutores constitui, nisi indicauerint debitum vel creditum ac per id immunos declarat hac ab obligatione tutores testamentarios. Dissentiunt ob generalem prohibitionem, quae nou. 72. reperitur aequae ac nou. 94. pr. et cap. 1. *W. A. Lauterbachius*, colleg. theoret. pract. libr. 26. tit. 1. §. 18. *I. H. Bergerus*, resolut. leg. obstantium, p. 559. ac *L. Mencke*, gymnas. pol. disp. 10. p. 163. [*I. O. Westenberg* princ. iur. civ. sec. ord. Dig. L. 26. tit. 1. §. 15. *Hofacker* princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 627. *P. Montanus* tr. de jure tutelar. c. 9. n. 56.] sed nostram tuentur sententiam *A. Faber*, cod. libr. 5. tit. 20. def. 1. ac *C. Rittershusius*, ad nou. part. 8. cap. 4. ego vero ipse in *Lauterbachii* sententiam discessi in opusculis, tom. 1. sect. 1. ex. 2. §. 4. p. 39. [Conf. §. XVI. infra].

§. IV.

Si magistratus haud ignarus fuit, tutorem pupilli sui creditorem esse et nihilominus ipsi tutelam defert, tutor creditum haud amittit; licet illud haud sit professus, vbi tutelam in se suscepit.

Si 1) nullum periculum pupilli metuendum sit ex tutela, a creditore ipsius suscepta, merito quoque poena cessat, qua tutor alioquin est eo nomine coerendus, quod siluerit de nomine, quod ipsi pupillus debet, vbi tutelam in se suscipit; illud autem haud est metuendum, si magistratus eius non ignarus ipsum tutorem dedit. Si 2) a patre creditor potest tutor nominari, neque hoc facto crediti sui expers fit; idem quoque obtinet, vbi ob illud magistratus-

gistratus istum a tutela haud exclusit. Qui aliud existimant, id cum *A. Berlichio*, *part. 2. dec. 70.* ac *Finckelthausio*, *obs. 28. num. 15.* [*W. A. Lauterbach*, *coll. th. pract. L. 26. tit. 1. §. 22.*] ob *Nouell. 72. cap. 4.* et *authent. minoris C. qui dare tut. vel curat.* statuunt: nostram sententiam tuentur *B. Carpzovius*, *libr. 5. resp. 89.* et *part. 2. const. 2. def. 19.* atque *Fratres Overbeck* *Meditationen über versch. Rechtsmaterien, Band I. p. 234.* [Ceterum *A. D. Weber*, *von der natürlichen Verbindlichkeit §. 94.* creditorem, qui nomen reticuit, saltem actionem amittere minime vero ipsam naturalem extinguere obligationem putat.]

§. V.

Tutorem pater dare nequit testamento inter liberos condito.

1) Constat hoc ex notione eiusmodi testamenti, quum in illo saltem, quemadmodum ad liberos pervenire queat hereditas, significatur, ideoque ibi ordinarie nihil ordinari potest, quod tangit tertium. Clare dein 2) *Alexander* imperator *L. 2. C. de confirmando tutore (5, 29.)* sancit, indubitati iuris esse, neque per epistolam neque per imperfectum testamentum tutorem dari posse; testamentum autem parentum inter liberos esse testamentum imperfectum, discimus ex *L. 21. §. 1. C. de testamentis (6, 23.)* Ob *L. 21. §. 1. C. de test. Nou. 107. cap. 1.* atque authenticam *quod sine C. de testam. L. 120. D. de V. S.* ac *L. 28. D. de testam. mil. (29, 1.)* *L. Mencke*, *gymnas. polemico, disp. 10. thes. 9. p. 164.* ac *W. A. Lauterbachius*, *colleg. theoret. practic. tit. 4. de testamentar.*

tar. tutel. p. 594. dissentiunt. Sed ei refragatur I. H. Bergerus, resolut. leg. obstant. p. 563.

§. VI.

Si tutori, testamento dato, ob defectum magistratus confirmatione opus fuerit, ille non ad datiuos, sed testamentarios est referendus tutores.

2) Supplet enim tantum confirmatio magistratus id, quod deficit in tutela testamentaria. 2) Non dependet eiusmodi tutoris datio a mero magistratus arbitrio; sed sequi potius debet iudicium defuncti, uti ait *Paulus*, L. 32. *D. de excusat. tutor.* (27, 1.) neque id solum locum habet in patre, verum etiam matre atque aliis, quod iurisconsultus ait verbis: *idem in matris testamento dicendum est*; praeter eum autem L. 1 et 4. *D. de confirmand. tut.* (26, 3) rem clare confirmat. 3) Antecedunt eiusmodi tutores omnibus tutoribus legitimis, uti monstrat *Gerh. Noodtius, comm. ad pandectas libr. 26. tit. 3. tom 2 oper. p. 544.* iis vero nemo; nisi testamentarius in tutela praefertur. 4) Liberi sunt tanquam testamentarii a satisfatione. Idem quidem reperitur in tutoribus, a magistratu maiori ex inquisitione datis; quum autem hos a satisfatione liberat iudicium iudicis: illi ideo potius haud satisfant, quod bona de tutore opinio, quam is, qui illum in testamento dedit, habuit, papillum reddit securum. Videmus hoc ex L. 32. *D. de excusat.* (27, 1) et L. 4. *D. de confirm. tut.* (26, 3.); locupletissimus vero eius rei est testis *Iulianus*, quum rationem, cur eiusmodi tutor satisfatione haud grauandus sit, in eo ponit, *quod sit quasi ex testa.*

testamento tutor, L. 3. D. *de confirmand. tut.* (26, 3.) Dissentiunt *I. Cuiacius*, libr. 7. obs. cap. 7. *H. Vultei*, not. ad §. 2. et 3. I. *de tutel.* et *W. A. Lauterbachius*, coll. theor. pract. L. 26. tit. 3. §. 6. *Thibaut System des Pand. R. t. I.* §. 504. quia tutor munus suum potissimum confirmationi magistratus debet; neque vero minus *S. de Cocceii*, iur. controuerso, libr. 26. tit. 3. tom. 3. p. 120. dum mediam viam eligit ac eiusmodi tutelam mixtam vocat. [Auctoris sententiam adoptarunt *G. A. Struv*, Syntagm. iur. ciu. exerc. 31. th. 21. *I. H. Böhrmer* introd. in ius Dig. Lib. 26. tit. 3. §. 4. *Hofacker* princ. iur. ciu. rom. germ. t. I. §. 633.]

§. VII.

Tutor a matre filio, quem illa heredem non scripsit, datus, iure perfecto confirmationem a magistratu poscere nequit.

1) Ait *Modestinus* matrem tutorem non nisi instituto filio dare posse L. 4. D. *de testament. tutela* (26, 2.) 2) *Papinianus* definit casum, quo a matre tutor datus est, neque tamen omittit, ipsam filium heredem scripsisse ac per id satis euidenter declarat, id ad tutoris dationem requiri, quae fiat a matre. 3) *Alexander* imperator L. 4. C. *de testamentar. tutel.* (5, 28.) dicit, matrem testamento filio non tutores dare, nisi eum heredem scripserit. Addit quidem eos solere confirmari, etsi ipsi heredes haud sint scripti; sed per id nostram regulam, supra formatam, mirum in modum corroborat, quum solum eos *solere* adfirmat, minime autem *debere* confirmari. Nec itaque opus est, vt ad emendationem.

dationem *Cuiacii* [not. ad *Inst. L. 1. tit. 13.*] confugiamus, id quod iam scite monuit *C. Bynckershoek*, libr. 2. *observat. iur. Romani cap. 17. tom. 2. operum p. 175.* Aliud statuit ob *L. 4. C. de testam.* praeter veterem glossatorem *I. Harprechtus comment. in institut. tom. 1. libr. 1. tit. 13. p. 211.*

§. VIII.

Pater solum prohibere potest, quominus mater liberorum tutelam in se suscipiat, quamvis ipse in testamento tutores haud nominaverit.

1) Secundum *authenticam Matri C. quando mulier tutelae officio* (5, 35.) testamentarii tutores praeferendi sunt matri et aviae, quumque ratio huius sanctionis in eo ponitur, quod defuncti voluntas merito sit praeponenda, ex ea colligimus, non solum matrem atque aviam excludi a tutela gerenda, ubi tutores testamentarii constituti sunt a patre; verum etiam idem fieri, ubi prohibet saltem pater, quo minus mater atque avia suscipiat tutelam. 2) Si matri permissum est, testamento impedire, quo minus pater fiat curator communium liberorum, merito quoque hac in re concludimus a matre ad patrem; verum enim vero prius constat ex *L. 21. §. 4. D. de tutoribus et curatoribus* (26, 5.) *ead.* Tandem 3) *Modestinus* denegat tutelam *L. 21. §. 2. D. eod.*; ei quem parentes a munere tutelae arcendum censuerunt. Dissentiunt inprimis ideo, quod ius tutelae legitimae haud auferri queat ob *L. 2. D. de R. I. ac nou. 22. cap. 33. et §. 27. l. de legat. H. Treutlerus vol. 2. diff. §. §. 3. Peckius, libr.*

libr. 2. de testament. coniectur. 16. et L. Mencke, gymnas. pol. disp. 10. p. 105. [W. A. Lauterbach coll. theor. pr. L. 26. tit. 4. §. 5.] mecum vero plane conspirat *S. de Cocceii, iur. controu. libr. 26. tit. 3. quaest. 6. [Hofacker princ. iur. ciu. rom. germ. t. I. §. 627. Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 501.]*

§. IX.

Auus paternus ex sententia iuris Romani sine dubio matri in tutela praecedit.

1) Auus iam eo iure tutor erat, quo matri ad tutelam adspirare haud licebat. Vbi enim ad paullo antiquiora tempora oculos conuertimus, nepotes in iis, vbi haud fuerunt aui in potestate patria ideoque sui iuris, habuisse constat in auo patronum. Quum illi ius patronatus per emancipationem consequerentur, siue haec nepotis patri; siue ipsi contingeret, auus tamquam patronus tutor nepotis legitimus itaque ab antiquissimis temporibus erat, vti ex *tit. I. de legitima patronorum tutela (I, 17.)* clare constat; ista autem aetate matri tutela haud deferebatur. Iam hac in re haud derogatum est iuri antiquiori in legibus recentioribus ideoque merito quoque matri auum praeferimus. 2) Secundum *Nou. 118. cap. penult. et auth. matri et auiae C. de tutorib. legitimis (5, 30)* mater solum iis, qui a latere sunt iuncti est praeferenda; sed ad hos auus referri haud debet. Dissentiunt ob *non. 118. cap 5.* praeter quosdam interpretes antiquiores *F. Pruckmannus, vol. I. consil. 27. num. 156. R. Bachovius ad Treutlerum, vol. 2. disp. 8. thes. 3.* atque alii [*P. Montanns de iure tutelarum c. 15. n. 46.*]

n. 46. I. O. *Wesenberg*, princ. iur. ciu. sec. ord. Dig. L. 26. tit. 4. §. 19. *Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 505.*]; verum tamen in nostram descendunt sententiam B. *Carpzovius*, part. 2. decis. 122. et part. 2. const. II. def. 13. L. *Mencke*, gymnas. pol. disp. 10. p. 165. A. *Faber*, de error. pragmat. dec. 6. err. 7. S. de *Cocceii*, loc. laudat. [*W. A. Lauterbach*, coll. theor. pract. L. 26. tit. 4. §. 6. et 7. *Hofacker* princ. iur. ciu. rom. germ. t. 1. §. 637. Ch. A. *Günther* princ. iur. rom. priu. nou. t. 2. §. 502.]

§. X.

Vitricus priuigni sui tutor dari potest.

Qui lege haud prohibetur a tutela gerenda, is ad suscipiendam istam est habilis. Vitricum autem ab hoc munere iura non arcent. Qui aliud statuunt, prouocant ad L. 1. C. *vbi pupillus educari debet* (5, 49.) ac L. 2. C. *de administrat. tut.* (5, 37.) neque minus ad L. 32. §. 1. et L. 35. D. *de adopt.* (1, 7.). In his existit *Wesenebcius* ad tit. D. *de tutel. nr. 5.* sed mecum consentiunt H. *Hahniius*, ad *Wesenebrium*, loc. memorat. D. *Mevius*, part. 8. dec. 330. ac L. *Mencke*, gymnas. polem. disp. 10. p. 165.

§. XI.

Si tutor datus notoriam habet aduersus pupillum actionem, ea haud priuatur, licet de illa, munus suscipiens, tacuerit.

Si nomen, quod tutor habet, est notorium, merito supponendum est, iudici quoque illud haud esse igno-

ignotum; quo vero posito, ratio cessat, cur illud indicare alioquin debeat. Si dein patri permissum est, creditorem vel debitorem tutorem nominare, merito quoque illud licitum est iudici; priori vero id licere, supra §. 3. demonstraui: ab vno autem ad alterum valere consequentiam, ex eo videmus, quod etiam creditor a patre datus, ad munus hoc prius haud admittatur, quam si nomen eius patri fuerit cognitum. Quaestionem hanc in medium proferunt; diuersa tamen ratione decidunt *I. Gutierrez, de tutelis, part. 1. cap. 20. n. 6. A. Faber, cod. Sabaud. libr. 5. tit. 20. def. 1. B. Carpzov, iurisprud. forensi, part 2. const. 11. def. 19. et W. A. Lauterbachius, Coll. theor. pr. L. 26, tit. 1. §. 22.*

§. XII.

Tutores petendi sunt a matre saltem intra annum.

1) Claris verbis imperator statuit, §. 6. *I. ad SC. Tertullian.* (3, 3.) matrem a successione liberorum tum demum esse repellendam, ubi intra annum tutores petere neglexerit. Conueniunt 2) cum his ea, quae sanxerunt imperatores *Theod. et Valentinianus, L. 10. C. de legitim. hered.* (6, 58.). Aliud opinantur, quoniam nullum tempus nominatur in *L. 2. §. 23. 35. et 38. D. ad SC. Tertull.* (38, 17.) *A. Vinnius* ad §. 6. *I. ad SC. Tertullian.* cum *R. Bachouic* atque aliis. Sed mecum consentit *L. Mencke, gymnas. polem. disp. 10. p. 166.* Conferas *I. R. Engau, diss. de poenis in tutore petendo negligentium. §. 10.* [Omnesque fere nostrae aetatis DD. *Thibaut System des Pand.*

Pand. R. t. 1. §. 510. C. A. Günther princ. iur. rom. t. 2. §. 506. autoris opinionem adoptarunt.]

§. XIII.

Quamuis mater, a successione liberorum, post pubertatem viuis exemtorum, nullo excludi queat modo ob tutores ab ipsa haud petitos; illi tamen poena haec haud est remissa, si viuis eximantur, antequam ad pubertatem perveniant.

Quod ad *prius* spectat *membrum*, siue ab intestato siue relicto testamento, decedunt liberi. Ex *L. 3. C. ad SC. Tertullianum* (6, 56.) discimus, matri haud denegari successionem ab intestato hoc in casu, quumque neque intermissa tutorum petitio *Nou. 115. cap. 4.* inter causas numeratur, ob quas parentes exheredes scribere possint liberi, neque condito testamento, metuere debet mater, quae intra annum tutorem haud petiit, iacturam hereditatis. Eadem ratione recte sese habet propositionis huius *membrum posterius*. Certum est atque extra omnem dubitationem positum, ex iure codicis hereditate privatam fuisse matrem, in tutore petendo negligentem, vbi intra pubertatem liberi decesserint, vti ex *§. 6. I. ad SC. Tertull.* (3, 3.) *L. 6. C. eod.* (6, 56.) ac *L. 10. C. de legit. hered.* (6, 58) constat. Illud haud est sublatum iure nouellarum et quamuis quidam sibi persuadeant, factum id esse *Nou. 115. cap. 4.* merito tamen animaduertendum est, istam sanctionem solum spectare ad liberos, qui facultate fruuntur, de rebus suis disponendi? longe vero aliam esse rationem eorum, qui facultate ista careant quorumue a hereditate mater non ipsorum

ex

ex voluntate; sed ipso arcetur iure eamdemque ob
causam ab his ad illos haud valere consequentiam.
Nobiscum facit *H. C. Stryckius interesse contro-*
versiar. cap. 4. §. 1. [*W. A. Lauterbach, coll.*
theor. pract. L. 26. tit. 6. §. 3. Thibaut, System
des Pand. R. t. 1. §. 510] inter aduersarios depre-
hendimus *I. C. Franckium, de successione libe-*
rorum, matri in tutore ipsis petendo negligenti, ho-
dierno iure non adimenda, cap. 3. §. 12. et *I. R.*
Engau, diss. de poenis in tutore petendo negli-
gentium, 1758.

§. XIV.

Non datur tutela pactitia iure Romano
fundata.

Concludimus id 1) ex eo, quod tutela pactitia
neque sit testamentaria, neque legitima, neque da-
tina, tres autem saltem hae species iure ex Romano
sint notae. Certum dein est 2) tutoris dationem
primario reipublicae competere priuatumque illam
sibi solum adscribere posse eo modo, quo id ipsi sit
permisum a republica: haec autem patrifamilias
tantum nominare tutores permittebat in testamento.
3) Comparat ius Romanorum ab antiquissimis ab-
hinc temporibus tutelam cum hereditate, ita, vt
ab vna ad alteram concludere liceat; de hereditate
autem priuatis pacta inire haud licebat. Dissen-
tiunt ob §. 9. *I. de excusat.* (1, 25.) ac *L. 15 §. 1.*
D. excusat. (27, 1.) *L. 29. D. testam. tut.* (26, 2.)
L. 3. §. 7. L. 5. §. 3. L. 55. pr. et §. 2. D. de ad-
ministrat. tut. (26, 7.) *L. 14. §. 1. D. de solut.* (46,
3.) §. 1. *I. de satisfatione* (4, 11.) ac *L. 5. §. 2. D.*
de mag. conuen. (27, 8.) *S. Stryckius, vs. mod.*

pandectar. tit. de tutelis, §. 14. Leyserus, spec. 328. med. 9. I. F. Höpfnerus, de tutela pactitia, Lips. 1731. C. G. Eisenhardus, de tutela pactitia, Romanis non incognita, Lips. 1639. I. G. Daries, de tutela pactitia, tam in iure Romano, quam Germanico incognita, Ien. 1739. Neque vero minus plures exstiterunt fautores sententiae, quam tradidi. Quemadmodum in illam prolixi fuerunt omnes antiquiores iurisconsulti, qui ante Stryckium vixerunt, neque vni vnquam eorum in mentem venit, in iure Romano talem tutelam quaerere; ita quoque recentiore aetate multi communem istam adprobarunt opinionem. Primus fuit, qui in dubium vel minimum vocaret Stryckii coniecturam I. P. de Ludewig, differentiis iuris Rom. et German. in tutelis testamentaria et legitima, Hal. 1712. Eum sunt sequuti A. F. Glafey, epist. de tutela pactitia, Tubingae 1716. C. H. Hillerus, disp. de figmento tutelae pactitiae et conventionalis, Tub. 1716. C. G. Knorr, epistol. de tutela pactitia Romanis incognita, Hal. 1736. L. H. Schmid, de tutela pactitia iure Romano incognita, Altonae 1743. quibus Opii Xantropii, medit. de fictitio tutel. pactitiae fundam. in iure Romano, Germh. 1740. Dariesii, argumentis inprimis oppositam, iungas. [I. G. Heineccius diss. de tutela pactitia. 1765. 4. van Vryhoff Observ. iur. civ. c. 9.] Historiam totius controuersiae recensent die Hallischen Beyträge zur juristischen gelehrten Historie. vol. I. p. 131. [Tutelam pactitiam sensu proprio, quae nimirum pacto constituatur, ius romanum procul dubio haud agnoscit, quamuis pacta de suscipienda tutela legibus confirmentur, Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 507.]

§. XV.

Lis in se spectata tutorem haud reddit inhabilem, ad munus obeundum; excusare tamen se hoc nomine potest.

Posterius constat ex §. 4. *I. de excusat. tutor.* (1, 25.) prius autem ex natura excusationum voluntariarum colligimus. Inter eas etiam numeramus illam, quae fit ob litem, quum a *Iustiniano* loc. *memorato* inter voluntarias excusationes recensetur; ea vero, quae cauta sunt *novell. 72. cap. 1. et 3.* minime omnes tangunt tutores cum pupillo litigantes, sed eos solum, de quibus apertissime constat, illos esse creditores vel debitores pupilli. Ita sentit *B. Carpzovius*, *libr. 5. resp. 90. num. 11.* Ab illo discrepant *Brunnemannus*, ad *L. 7. C. de excusat. tutor.* a *N. C. Lynckero*, *trutina doctrinarum*, *10. Brunnemanni*, *p. 31. castigatus.* Eius quoque meminit *H. C. Stryckius*, *interesse controuersiar. cap. 3. p. 81.* et qui aduersariae sententiae fautores sunt, illam *Nov. 72. cap. 2. et 3.* corroborandam esse, censent, [*Potius cap. 1. Nov. 72. et Nov. 94. praef. et cap. 1.* Manifeste enim Imper. Iust. lege priore omnes qui vel actionem qualemcunque contra pupillum habeant aut habere se dicant, vel quos debitores esse appareat, a cura vel tutela arceri, sapientissima constitutione voluit. Rationem ipse addit, *praef. Nov. 72.*, ne hominibus ad malitiam inclinantibus, cum domini rerum pupillarium fierent, exoptata praebetur occasio, vel falsa nomina fingendi, vel documenta nominum, quibus ipse forsan pupillis obnoxii fuerint, in rebus eorum inuenta interuertendi, ἀποκρύπτοντες ἀποδείξεις τῶν χρεῶν οὕτως ἐν τοῖς τῶν νέων πράγ.

πραγμασι. Talia vero pericula cum Imperator a minoribus propulsare studeret, longissime a proposito ejus aberrasset, si in manifestis tantummodo indubiisque creditis debitisque causam inhabilitatis posuisset. Tum demum enim maxime fraudulentorum hominum metuenda erant artificia et imposturae, vbi quid tutor pupillo, seu pupillus tutori debeat, indecisum dubiumque videri poterat, ea-que de re lis vel mota vel mouenda erat. Neque vero Iustinianus tam inconcinnae ineptaeque legis est autor, vtpote qui *Nov. 72. cap. 1.* expressis verbis sanxit: *si quis apertissime manifestus sit constituendus curator* (ὥς ἐν προφανέστατα δηλός ἐστιν ὁ γινόμενος κηδεμὼν etc.) i. e. si iure gaudeat indubio tutelae suscipiendae, *obnoxius autem sit minoris actionibus, ne curator eius fiat.* Miror, cum haec omnia clarissime appareant et communis DD. schola omnes a tutela repellat pupilli debitores, *clar. Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 501.* haec ad eos qui *operte* et *indubie* pupilli debitores existant, restrinxisse. Sed auctoris quoque sententia his refellitur argumentis, cum ex legis (*Nov. 72. c. 1.*) expressa sanctione nullus, qui res pupilli sibi obligatas *perhibeat*, ad tutelam seu curationem sit admittendus. Cui autem cum pupillo lis est, is necessario vel eius rem personamue sibi obligatam esse perhibet vel ipse debitor eiusdem esse dicitur, utroque vero casu, „*ne aduersarius procuratore adolescenti praebeatur*,“ procul est expellendus.]

§. XVI.

Ex sententia iuris ciuilis is, qui excusatione quadam liberare se potest a tutela gerenda,
ad

ad iudicem superiorem prouocare haud potest, antequam ipsius excusatio sit reiecta.

1) Qui excusare se volunt; ii non adpellant ex sententia imperatoris, §. 16. *I. de excusat.* (1, 25.)
 2) *Modestinus*, L. 13. *pr. D. de excusat.* (27, 1.) scribit, eos, quibus tutela data est, licentiam habere adpellandi, vbi sententia abstulerit ipsis excusationes et solum rationem eius propositionis in verbis antea recitatis profert, quod scilicet non necesse habeant curatores dati prouocare. Patet 3) id ex eo, quod cuilibet tutela imponatur, saluis ipsius excusationibus ideoque delatio tutelae verum grauamen tutori haud inferat: cessante autem gravamine, cessat quoque adpellatio. Aliter sentiunt ob L. 20. *D. de administrat. tut.* (26, 7.) L. 4. L. 17. §. 1. *D. de adpellat. et relat.* (49, 1.) *I. Cuiacius*, ad L. 4. *de excusat.* *G. A. Struvius*, *syntagmat. iuris ciuilis*, *exere.* 31. *thes.* 59. *tom.* 2. *p.* 584. *H. Treutlerus*, *vol.* 2. *disp.* 9. *thes.* 1. *I. Harprechtus*, ad §. 16. *I. de excusat.* atque alii: sed nostram fouent sententiam *I. Brunne-mannus* ad L. 16. et 18. *C. de excus.* *A. Vinnius*, ad §. 16. *I. de excus.* *A. Perez* ad tit. *C. de excus.* *num.* 17.

§. XVII.

Non omnis tutor legatum, ipsi a pupilli patre relictum, perdit, si excusatione vtitur.

Duplex propositio hisce verbis continetur, quum nonnunquam accidere adfirmamus, vt eiusmodi tutor legati fiat expers; nonnunquam tamen excusationem talem producere effectum, negamus et distinguimus potius, vtrum causa, cur legatum pater reli-

reliquerit, in tutela, ab ipso suscipienda, sit quaerenda; nec ne? iure vero nos distinguere, discimus ex eo, quod *Papinianus*, L. 28. §. 1. *D. de excusat.* (27, 1.) solum ea legata denegat tutori, quae remunerandae fidei causa testamento parentis relinquuntur; filium vero, qui a tutela fratris, a patre commissa, per excusationem se liberauit, eiusmodi legato haud priuandum censet, propterea quod pater tale legatum ipsi non tanquam tutori, sed tanquam filio reliquit; longe autem clarius id adhuc confirmat *Paulus*, L. 32. *D. eod.* (27, 1.) Quibus aliud placet, non minus praesidium petunt ex L. 28. pr. *D. de testam. tutela* (26, 2.) et disputant hac de re *P. Montanus*, de tutelis, cap. 9. num. 26. *I. Gutierrez*, de tutel. part. 1. cap. 22. num. 1. *I. Mynsingerus*, libr. 6. obs. 78. num. 3. et *H. C. Stryckius*, interesse controuersiar. cap. 4. §. 25. [Conf. L. 5. §. 2. *D. de his, quae ut indignis ans.* (34, 9.) et L. 36. pr. *D. excusat.* (27, 1.) *Thibaut System des Pand. R.* t. 2. §. 842.]

§. XVIII.

Honorarius tutor administrationi rerum pupilli iure sese haud immiscet.

Si 1) pluribus tutoribus nominatis, pater declarauit, quis administrationem rerum in se suscipere debeat quisue ab illa sit excludendus, norma haec ab eo praescripta, caute est obseruanda, uti tradit *Ulpianus*, L. 3 §. 1. *D. de adm. et peric. tut.* (27, 7.); pater autem tutorem ab administratione excludit, ubi eum honorarium esse declarauit, ut idem iurisconsultus, L. 3. §. 2. *D. eod.* (27, 7.), non obscure tradit. Ita censent *P. Wesenbadius*.
tit.

tit. dig. de auctor. num. 3. atque alii: P. G. Tholosanus, syntagm. iur. uniu. libr. 12. cap. 14. B. Carpzou, libr. 5. resp. 67. ac W. A. Lauterbachius diss. de honorario tutore, cap. 3. §. 29. num. 9. dissentiunt. Quibus aliud placet, prouocant ad L. 14. D. de adquir. vel amitt. hered. (29, 2.) ac L. 14. §. 1. D. de solut. (46, 3.).

§. XIX.

Mater tutrix ab inuentarii confectione haud est libera.

i) Mater in tutorum legitimorum venit censum; ii autem haud liberi sunt ab inuentarii confectione, vt constat ex L. 7. pr. D. de admin. tutor. (26, 7.) L. 24. C. eod. (5, 37.) L. vlt. §. 1. C. arbit. tut. (5, 51.) 2) Pater quidem necessitate hac haud est obstrictus: quum autem illud ideo fieri constat, quod in bonis aduentitiis habeat vsumfructum atque eo caret mater, neque illam ab onere isto liberare possumus. Aliud a quibusdam statuitur ob L. fin. §. 10. C. de iure deliberandi (6, 30.). Inter eos locum tenent A. Hering, de fideiussor. cap. 8. num. 78. I. Mynsingerus libr. 2. obseruat. 93. I. Finkelthausius pract. obseru. 76. num. 8. cum aliis. Sed nobiscum conspirat P. Müllerus, comm. ad Struu. t. 2. exerc. 31. th. 36. n. π. [Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 515. Matrem a confectione inuentarii publici non quidem liberam, attamen si confici non curaverit, excusandam esse docet I. A. Hellfeld iurispr. for. §. 1331.]

§. XX.

§. XX.

Curator minori furioso datus non est curator aetatis, sed curator ob furorem constitutus.

1) Secundum ius Romanum curatorem minoris haud cogitare possumus, nisi minoris precibus sit constitutus. Haud id solum legibus antiquioribus erat cautum; sed idem volunt recentiores, licet minores necessitate petendi tutores haud adstringerent ac clare praeciperent, ut dentur curatores non; nisi minoribus desiderantibus, teste *Papiniano*, L. 13. in fin. *D. de tut. et curat. dat.* (26, 5.) *Modestino*, L. 2. §. pen. *D. qui pet. tutor.* (26, 6.) quibuscum ipsum imperatorem iungas, §. 2. *I. de curatoribus* (1, 13.); quo quaeso autem modo minor furiosus petere potest tutorem? 2) Curator minoris rei saltem datur, ut tironi est notum; curator autem furiosi eius quoque personae est praefectus, secundum L. 7. pr. *D. de curator. furiosi* (27, 10.) Tandem 4) curator minoris negotiis eius solum adstitit; curator autem furiosi illa ipsa eius nomine expedit, L. 2. *D. de iure codicillor.* (29, 7.) ac L. 31. §. 4. *D. de usurpat. usucap.* (41, 3.). Sententiae huic inprimis opponitur L. 3. §. 1. *D. de tutelis* (26, 1.), eandemque ob rem aliud censent: *Fr. de Amaya*, libr. 1. observat. cap. 8. p. 52. *A. Vinnius*, commentar. institut. p. 120. *P. Müllerus*, comm. ad *Stru. system. iuris civilis*, exerc. 31. thes. 6. tom. 2. p. 514. sed iis repugnant: *P. Montanus de tutel. cap. 37. num. 8.* *I. Brunemannus* ad L. 10. *D. de tutel.* ac *H. C. Stryckius*, interesse controuersiar. cap. 4. p. 75.

§. XXI.

§. XXI.

Alienatio rerum pupillarium inualida silentio, quod per quinque annorum spatium post maiorenitatem duravit, conualescit.

Res extra omnem dubitationem est posita. Loquitur Iustinianus L. 3. C. *si maior factus alien. factam* (5, 74.) de eiusmodi alienationibus, in quibus sollemnitates, alienationibus rerum minorum praescriptae, haud sunt observatae, id quod partim ex inscriptione tituli, legem hanc continentis, si ex ea rite quidquam colligi potest; partim ex initio ipsius legis concludimus: *si quando sine decreto --- alienantur* et istas ratas esse ac validas iubet, si per quinque continuos annos post impletam minorum aetatem, nihil conquestus est maior. Discendit his ex rationibus a *I. H. Bergero, oecon. iuris, libr. 1. tit. 4. thes. 2.* *I. Brunnemanno, ad L. ult. C. si maior factus* atque aliis [vtpote qui L. d. 3. C. *si maior factus* ad eas tantum alienationes, qui ob solum defectum decreti consistere non possunt, applicandam esse tradiderunt]. *A. Leyserus, spec. 345. med. 1.* [et omnes rerum pupillarium alienationes, quamvis ob aliam quamcunque causam vitiosae et nullae sint, quinquennali silentio conualescere putat. Nec antiquiores prorsus inter se conveniunt, cum alii alias statuent exceptiones, quidam vero hanc quinquennalem praescriptionem ad alienationes quae vel sine decreto iudicis vel non inscio minore factae sint restringant. *I. P. Schmidt* diss. *de vindicatione rerum pupillarum ad quinquennium restricta, Rost. 1741.* Sed vide quae *A. F. I. Thibaut, Ueber Besitz und Verjährung, Ienae 1802. §. 55.* exposuit. *C. C. Hofacker, princ. iur. civ. rom. germ. t. 1. §. 672.*]

§. XXII.

§. XXII.

In alienatione rerum pupilli immobilium neque necesse est, ut eam praecedat iudicis decretum; neque requiritur subhastatio.

Duobus membris constat haec propositio. Prius ex L. 2. *D. de rebus eorum* (27, 9) probamus, quod solummodo, alienationem rescripto confirmandam esse, tradit; ad posterius autem corroborandum, prouocamus partim 1) ad silentium legum, quarum nulla subhastationem praescribit; partim 2) ad primum argumentum, quo utuntur, qui contrariam fouent sententiam. Petunt illud ex eo, quod iustum semper adesse debeat pretium, in alienatione rerum pupilli. Erui illud posse etiam sine subhastatione, experientia docet. Nonne itaque superflua est subhastatio, ubi iam euident sit atque constat, rem pro iusto pretio alienari? Tandem 3) illud ex effectu ratihabitioni L. 7. *C. ad Sctum Mac.* (14, 6.) tributo, adparet. Pertinet utraque quaestio ad eas, de quibus maximo cum feruore contenderunt prudentes. Quod pertinet ad membrum prius, de iudicis decreto: sententiae nostrae inprimis opponi solet L. 6. *C. de praediis et aliis rebus minorum* (5, 71.); [add. L. 22. L. ult. *C. de administr. tutor.* (5, 37.) L. ult. *C. quando decr. opus non sit* (5, 72.) *Hofacker, princ. iur. ciu. rom. germ. t. I. §. 669. Thibaut, System des Pand. R. t. I. §. 521.*] ei autem, quam secundo adoptauimus, opponi solet, quod tutoribus et curatoribus occasio, circumueniendi pupillos suppeditetur, si licitatio omittatur: eae res, quae sine decreto praetoris vendi haud possint, necessario per auctionem sint distrahendae: neque minus necessitas subhastationis sit concludenda ex L. 1. §. 3. *D. de tut.*

et

et rat. (27, 3.) *L. 7. §. 8. D. de minor.* (4, 4.) *L. 3. C. si adu. fisc.* (2, 9.) atque *auth. Hoc ius porrectum C. de SS. ecclesiis* (1, 3.) eandemque ob causam a nostra deflectunt sententia *B. Carpzovius, libr. 5. respons. 72. ac part. 2. decis. 195. I. a Sande, de alienat. rer. prohibit. part. 1. cap. 1. § 9. O. Simoncellus, de decret. num. 6. Fr. Hottomannus, consil. 24. I. Cuiacius, comm. ad tit. C. de administrat. tutel. nec non iurisconsulti Lipsienfes, in responso a I. Philippo vulgato, de subhastat. cap. 2. comm. 3. num. 36. et N. Ch. Lynckerus, trutina Io. Brunnemanni, p. 36. sed nobiscum plane conveniunt: Io. Brunnemannus, ad L. 10. D. de reb. eorum, qui sub. tutel. G. Sueuus, an in alienat. pupilli vel minoris bonorum necessaria sit subhasta, Viteb. 1704. M. Berlichius, decis. 149. I. H. Bergerus, resolut. leg. obstantium, libr. 27. tit. 9. p. 581. S. de Cocceii, iur. controuerso, libr. 27. tit. 14. quaest. 4. I. Schilterus, prax. iur. Rom. ex. 27. §. 211. I. B. Wernher, part. 1. obs. 154. A. Leyser, med. ad pand. spec. 344. med 6. et I. G. Furbringer, diss. de causis, ex quibus permiffa est rerum, quae minorum sunt, alienatio, quam hac in academia praeside A. L. C. Schmidio, 1765. defendit, §. ult. [Thibaut System d. Pand. R. t. 1. §. 523.]*

§. XXIII.

Si iureiurando minoris alienatio bonorum illius confirmatur, seruanda est, licet reliqua eius sollemnia deficiant.

Non negandum est, maiorem posse adhuc sanare vitia alienationis, in eius minorennitate peractae,

si ratam eam habeat; minorem autem, qui iureiurando rem confirmat cum maiore comparare debemus, propterea quod sacramentum ex sentent. authenticæ *sacramenta puberum C. si aduers. vend.* (2, 28.) ex minore facit maiorem quemadmodum copiosius rem exponit *C. Wildvogel, diff. de iuram. actus puberum confirmante, Ienæ (1714.)* Neque vero id extra omne dubium positum est, quum plerique sine restrictione positionem hanc probant; alii vero distinctione vtuntur, quod tradit *H. C. Stryckius, interesse controuersiar. cap. 4. §. 22. [Thibaut System des Pand. R. t. I. §. 526.]*

§. XXIV.

Ad vsuras vsurarum tutor non est obligatus.

1) Vbi lex non distinguit, ibi nec iurisconsultus distinguere potest; verum enimvero sine vlla distinctione vsurae vsurarum *L. 24. C. de vsuris* (4, 32.) ita prohibita sunt, vt haud exceptionem huius regulae adsumere possimus, si vsuras debet tutor. Quum 2) haud legem iure proferre possimus, ex qua pupillo licitum sit, vsuras vsurarum a tutore suo petere: merito colligimus, illud, si a tutore exigantur, illicite fieri, hocque si supponamus, merito quoque ad *L. 20. C. ex quibus causis infamia irrogatur* (2, 12.) prouocare possumus ac cum illa iungimus *L. 29. D. de vsuris* (22, 1.). Eamdem fouent sententiam *G. A. Struuius, ex. 27. §. 51. G. Frantzkus, lib. 2. cap. 10. I. Brunemannus, ad L. ult. C. de vsuris et L. 7. §. 12. D. administrat. et peric. tutor, I. Sandius, libr. 3. tit. 14. def. 6. I. H. Boehmer, consil. et respon- sor.*

Jor. tom. 1, resp. 597. num 11. Fratres Ouerbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band 1. p. 190. et C. I. H. Tückermann, de tutore ad praestandas usurarum usuras haud obligato, Gottingae, 1789. Ob L. 9 §. 3. ac L. 7. §. 12. D. de administrat. et peric. tutor. (26, 7.) et L. ult. C. de usuris (4, 32.) aliud placet D. Mevio, cent. 1. decis. 73. L. Menckio de tutore et curatore ad usuras ex suo debito usurarum obligato, Lips. 1703. N. Lyncker, part. 2. decis. 996 et I. B. Wernher, part 8. obs. 397. [Tutor, qui pecuniam pupillarem in suos conuerterit usus centesimas praestat usuras. L. 7. §. 4. 5. 8. L. 54. D. de admin. et peric. tut. (26, 7.) L. 1. C. de usur. pup. (5, 56.) I. O. Westenbergh, princ. iur. ciu. sec. ord. D. L. 26. tit. 7. §. 22. Thibaut, System des Pand. R. t. 1. §. 518. Hofacker, princ. iur. ciu. rom. germ. t. 1. §. 683.]

§. XXV.

Competit quoque pupilli heredibus in bonis tutoris pignus, quod ipsi tribuunt leges pupillo.

Quum heres successor est in omne ius defuncti, merito quoque ad illud referendum est pignus, defuncto competens. Accessorium illud est iuris, ex tutoris descendantis obligatione, quumque illud sine ullo dubio ad heredes transferatur, idem quoque adfirmandum est de pignore pupilli. Clare hoc 1) indicat iurisconsultus L. 68. D. de R. I. (50, 17.) quum tradit, non deficere *rationem auxilii*, licet ad hunc, vel ad illum pervenerit actio. Neque minus 2) illud colligimus ex iure heredum uxoris quum-

quumque imperator §. 29. *I. de action.* (4, 6.) tacitum vxoris pignus in bonis mariti eius etiam heredibus adsignat, ab illis iure ac merito concludimus ad heredes pupilli. Liqueat idem 3) ex L. 20. *C. de administrat. tutorum* (5, 37.) et nouell. 118. cap. 5. quae administrationi rerum pupillarium tacitam inesse hypothecam tradunt. Quae quauis sententiam nostram mirum in modum corroborarent; magnum tamen hac de quaestione inter iurisconsultos existit dissidium. Primus fuit, quantum scimus, qui eam attingeret *M. Colerus*, *decis. Germaniae part. 2. decis. 274. nr. 4.* Denegabat hoc ius heredibus, neque improbabant hanc opinionem *B. Carpzouius*, vt *part. 2. const. 24. def. 2.* postea vero in aduersariorum castra transiit atque amplexus est contrariam opinionem *respons. iur. libr. 4. resp. 33. nr. 9.* Euenit itaque, vt vtraque cohors iurisconsultorum auctoritate *Carpzouii*, tanquam ducis atque antesignani, se tueatur et imprimis praeter eum *I. Voetius*, *commentar. ad pand. libr. 20. tit. 2. §. 18.* *I. H. Berger*, *elect. discept. forens. tit. 45. obs. 1. not. 2.* *I. Brunneimannus*, *commentar. ad L. 20. C. de administrat. tut.* *H. G. Bauerus*, *diss. de pignore pupilli, Lips. 1747.* atque *Fratr. Ouerbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, vol. 1. p. 228. nostram tueantur sententiam; ab ea autem abhorreant *L. Mencke* *syst. iur. ciuil. libr. 20. tit. 2. §. 1. in fin.* *G. Frantzkus*, *ad pand. libr. 20. tit. 1. num. 34.* *C. P. Richter*, *de iure et priuileg. creditorum*, *diss. 8. p. 210.* *G. A. Struuius*, *syntagm. iuris ciuil. ex. 26. thes. 20. tom. 2. p. 22.* *M. Berlichius*, *part. 1. conclus. 67.* cum aliis et quidem ob L. 42. *D. de administrat. tut.* ac L. 19. §. 1. *D. de rebus auctor. iud. poss.* Copiosius sen-

sententiam hanc exposui in *programm. de priuil. pupilli*. L. 19. *D. de rebus aut. iud. poss. denegato eius heredi*, Ienae, 1769.

§. XXVI.

Prodigus quoque tacita fruitur hypotheca, in bonis curatoris ipsius.

Satis notum est, priuilegium hoc nomine pupillis competens clavis verbis extendi ad furiosos, L. *fin.* §. 6. *C. de curat. furiosi* (5, 70.); illam autem ita interpretandam esse, vt inferuiat quoque prodigis, extra omnem dubitationem est positum. Indicat hoc iam Tribonianus per inscriptionem titulo, hanc legem complectenti, datam: *de curatore furiosi et prodigi*; neque vero minus certum est, eo nomine prodigum sub cura esse, quod furioso equiparetur, L. 1. *pr.* *D. de curat. furiosi* (27, 10.) eandemque ob causam furiosum ac prodigum coniungi, §. 3. *I. de curat.* (1, 23.) L. 15. *D. de curat. fur.* (27, 10.) ac L. 1. *C. de curat. furiosi vel prodigi* (5, 70.). Nobiscum conspirant: *M. Berlichius*, *conclus.* 17. *num.* 15. *col.* 6. *G. G. Titius*, *iur. priuat. libr.* 3. *cap.* 18. §. 2. *B. Carpzovius part.* 2. *const.* 24. *def.* *G. A. Struuius*, *syntagm. iur. ciuil.* ex. 26. §. 13. *I. H. Berger*, *elect. discept. forens.* tit. 45. *obs.* 2. atque alii; iis vero repugnant, quod legibus clare haud approbetur haec sententia, *A. Faber*, *iurisprud. Papiniana*, tit. 12. *illat.* 2. ac *H. G. Rauerus*, *diss. de pignore pupilli*, §. 34. *p.* 56. *sq.*

§. XXVII.

Debitor pupillaris sola tutoris apocha non liberatur.

K

Si

Si debitor pupilli liberatur, alienatio rei pupilli sit; quumque illa non est valida, nisi peragatur cum sollemnitatibus, legibus praescriptis, decreto videlicet magistratus, causaeque cognitione, idem quoque requiritur, ubi liberandus sit debitor. Illud constare haud potest ex apocha tutoris, eademque ob causam illa debitorem haud liberat; contrarium autem probari solet ex L. 46. §. 5. *D. de administrat. tut.* (26, 7.). Dissentit: *I. Brunnemannus* ad L. 46. *D. de administrat. tut.* [*I. Prehn, Beantw. d. Frage: kann ein Schuldner Pupillen und Kindergelder mit völliger Sicherheit ohne Decret an den Vormund und Vater bezahlen? Rostock 1800.*] ei autem refragatur *B. Carpzovius*, *part. 2. const. 11. def.* ac *N. C. Lynckerus*, *trutin. doctrinar. I. Brunnemanni*, p. 32. [Ita quoque *Thibaut System des Pand. R.* §. 522. Sed L. 25. *C. de administ. tutor.* (5, 37.) non de solutione quae tutori vel curatoris fit, sed de solutione ad ipsum pupillum vel adultum loquitur, §. 2. vero *Inst. quibus alienare lic.* non verba dispositiva continet, sed ad dictam L. 25. *C.* referenda est. Recte igitur *I. O. Westenberg*, *princ. iur. civ. sec. ord. Dig. L. 46. tit. 3. §. 6.* observat, tuto pecuniam pupillarem tutoribus vel curatoribus solvi, nec decreto Praetoris opus esse, cum id L. 14. §. 1. L. 49. L. 96. L. 100. *D. de solutionibus* (46, 3.) et L. 46. §. 5. 7. *D. de admin. tut.* (26, 7.) clare statuant].

§. XXVIII.

Tutor, latam ob culpam suspectus, ab officio quidem remouetur; ei tamen infamiae nota minime infligitur.

Patet

Patet id 1) ex §. 6. *I. de suspectis tutoribus* (1, 26.). Loquitur ibi imperator de culpa generatim, hancque ob rem eius verba secundum logicorum praecepta omni de specie culpa sunt intelligenda. Quodsi vero id haud sit adfirmandum, notum est, leuissimam culpam a tutore haud praestari, neque eum ob leuem facile remoueri, sed curatorem ei potius adiungi. Nonne itaque lata de culpa effectum hoc est explicandum, quum de culpa in isto est sermo, quam sequitur tutoris remotio? Quoniam 2) lata culpa non minus est negligentia, quam reliquae culpa species, idem testatur *L. ult. C. de suspectis tutoribus* (5, 45.). Idque 3) est causa, cur iurisconsultus in *L. 7. §. 1. D. de suspect. tutor.* (26, 10.) tutorem, latae culpa adculandum, vocet *quasi suspectum*. Aliud statuunt ob comparisonem doli cum culpa lata factum in *L. 1. §. 1. D. si mentor. fals. mod. dix.* (11, 6.) ac notionem culpa per eminentiam dictae in *L. 5. §. 2. D. commod.* (13, 6.) ac *L. 23. D. de R. I.* (50, 17.) *A. Vin-
nius*, comment. ad §. 6. *I. de suspect. tutor.* *H. V. Hunnius*, resolut. iuris civilis, libr. 1. tract. 4. quaest. 28. *I. G. Heineccius*, elem. iur. ciu. libr. 1. tit. 26. §. 306. atque imprimis *I. Vollen-
houe de suspectis tutoribus et curatoribus*, cap. 8. in *G. Oelrichs thesauri noui dissertat. iurid. in
academiis Belgicis*, art. 1. tom. 1. p. 239. [*I. O. Westenberg*, princ. iur. sec. ord. Dig. L. 26. tit. 10. §. 25. *Thibaut System des Pand R. t. 1. §. 547.*] Nostram opinionem tuentur *G. A. Stru-
vius*, ex. 31. th. 55. *S. Stryckius*, vs. mod. tit. de suspectis tutor. §. 5. atque *Fratres Ouer-
beck*, Meditationen uber verschiedene Rechtsmate-
rien, vol. 3. med. 166. [*Hofacker*, princ. iur. ciu. rom, germ. t. 1, §. 678.]

§. XXIX.

Heres tutoris solum lata de culpa tenetur defuncti.

1) Qua de culpa heredes magistratum conuenire possunt, quae ab his commissa est in exigenda a tutoribus curatoribusue satisfactione, de eadem quoque tenentur heredes tutorum, propterea quod ab heredibus magistratum ad heredes tutorum concludi posse, ipsa L. 4. *D. de magistrat. conueniendis* (27, 3.) nos abunde docet; sed illos solum de lata culpa defunctorum posse conueniri, tam ex eadem lege, solum *culpam, dolo proximam*, nominante, quam ex L. 2. *C. de magistrat. conueniendis* (5, 75.) constat. 2) Heres tutoris, secundum L. 4. *D. eod.* (27, 8.) negligentiae nomine haud tenetur; ad minimum autem sub hac culpam leuem ac leuissimam intelligere nos oportet. 3) Clare testatur id L. 1. *C. de hered. tutorum* (5, 54.) quum negat, heredes tutorum ob negligentiam, quae cum lata culpa non comparari possit condemnari oportere. Qui aliud statuunt, illud ex eo id deriuant, quod contra ipsum tutorem eius ex culpa leui locum habeat actio atque ex l. 4. §. 2. *de fid. nom. et hered. tutor.* (27, 7.). Litigant hac de re idque magno cum feruore: *I. Cuiacius*, *obseruat. libr. 13. cap. 39. ac libr. 21. cap. 2.* *F. Hottomannus*, *libr. 1. obj. 12. c. 22.* *A. Faber*, *libr. 1. coniect. cap. 12.* *R. Bachouius*, *vol. 2. disp. 9. thes. 5. litt. e.* *I. Mercerus*, *libr. 2. opin. cap. 24.* *D. Meuius*, *part. 8. decis. 22.* *I. Schilterus*, *prax. iuris Rom. exercit. 37 num. 107.* et *C. Thomafius*, *dis. de culpa ab heredibus tutorum praestanda*, *tom. 2. dissertationum, p. 539.* Huic imprimis

primis sese opposuit *F. G. Zollerus* diss. *de culpa ab heredibus tutorum curatorumue tam ex facto tutoris; quam ex facto proprio conuentis praestanda Lipsiae 1779.* nostramque in sententiam haud ita pridem discellerunt *Fratres Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol. 3. p. 251.* [Quibus accedit *Hofacher princ. iur. rom. germ. t. 1. §. 680.* qui hanc tamen addit limitationem, nisi lis cum defuncto fuerit contestata, vel ex damno pupilli heredes lucrum fecerint, eiusue causa aliquid acceperint. Tum enim culpam leuem ex eius sententia praestare tenerentur].

SECTIO SECVNDA
DE
IVRIBVS ET OBLIGATIONIBVS
REALIBVS.

CAPVT PRIMVM
DE
REBVS IVRIBVSQVE IN RE GENERATIM
SPECTATIS.

§. I.

Mola natatilis est res mobilis.

Nauis est res mobilis, vti nemo negabit [*v. L. 1. §. 7. D. de vi* (43, 16.) *et L. 20. §. 4. D. quod vi* (43, 24.)], mola autem, de qua loquor, est accessio nauis, neque caussa a naui diuersa est. Quamvis anchoris haereat nauis, haud definit esse mobilis ideoque nec mola. Neque eam solo cohaerere, statuere possumus; mobilia autem prius rebus immobilibus adnumerare haud licet, quam si solo cohaereant. Qui contrarium statuunt, prouocant ad locum perpetuum, quem naues habere debeant, vbi molam comprehendant. [*Thibaut System des*

des Pand. R. t. 1. §. 259. Alii eiusdem molendina, si magistratus concessione ad eorum exstructionem opus fuerit, quae simul destinationem certi loci contineret, immobilibus annumerant, mobilibus, si exstructio sit libera. *Glück Ausführl. Erläut. d. Pand. §. 173. t. 2. p. 531.*] *Ienenses* antiquiores iurisconsulti teste *Strunio*, ex. 3. thes. 83. eiusmodi molas in censum scribebant rerum immobilium, iisque accedebat *A. Heringius*, de molendinis, quæst. 8. num. 16. *Lipsienses* autem illas ad res mobiles referebant, teste *Zobelio*, libr. 3. diff. 10. num. 12. huiusque litis meminit quoque *I. Schilterus*, prax. iuris Romani, ex. 4. §. 24. not. a. [*Emminghaus ad Cocceji jus contr. L. 1. tit. 8. qu. 13. n. f. Cod. Nap. art. 531. molas nauales inter res mobiles refert.*]

§. II.

Molendina pneumatica inter res immobiles sunt referenda.

1) Concludimus hoc partim ex eo, quod terræ inhaereant, partim autem ex eo, quod salua substantia vno ex loco in alterum transferri nequeant.

2) Distinguit *Iavolenus*, L. 18. D. de action. emti (19, 1.) vtrum stipites granariorum in terra defossi sint, an supra terram sint, ac tum demum, hoc si obtineat, ea ad ruta caesa refert. Quoniam, illa ex tabulis fieri, clare tradit atque huic descriptioni belle conuenit ea, quam exhibet *Varro*, libr. 1. de re rustica, cap. 57. merito cum illis molendina talia comparamus. Qui aliud statuunt cum *B. Carpzouio*, part. 3. const. 24. def. 8. prouocare solent ad granarium illud, cuius mentio fit,

L. 60.

L. 60. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.) ac *L. 1. §. 7. D. de vi et vi armata (43, 16.)* et *L. 20. §. 4. D. quod vi aut clam. (43, 24.)* sed ipsis repugnant *H. Hahnii* ad *Wesenbec. tit. dig. de rer. diuis. num. 4.* ac *L. Mencke, gymnas. polemico iuris, disp. 1. thes. 9. p. 23.* [Ita quoque *Cod. Nap. a. 519.*]

§. III.

Lecti in diuerforiis, eorum ad vsum destinati, sunt res immobiles.

1) Vbi res mobilis a patre familias ad vsum rei immobilis semel destinatur, inter huius accessiones referri debet eandemque ob causam non minus rei immobilis naturam accipit. 2) Secundum *Laboonis* regulam, *L. 17. §. 7. de act. emt. (19, 1.)* prolatam, omnia ea, quae perpetui vsus causa in aedificiis sunt, aedium sunt; sed idem quoque de lectis in diuerforiis statui potest. Haec est sententia *P. Heigii, part. 2. quaest. 15. num. 25.* *L. Menckii, gymnas. polemico iuris, disp. 1. thes. 10. p. 49.* *M. Berlichii, part. 3. conclus. 30. num. 23.* *G. Barthii, von der Gerade, p. 238.* et *C. F. Hommelii in dem Pertinenz und Absonderungsregister, p. 119.* sed iis ideo, quod lecti haud sint adfixi, repugnat *B. Carpzovius, iurispud. for. part. 2. const. 24. def. 10.* [Certe is, qui emto diuerforio lectos aliasque res mobiles, tanquam vsui perpetuo diuerforii destinatas sibi vindicare velit, istam perpetuam probare debebit destinationem. *Glück Erläut. d. Pand. §. 173. t. 2. p. 529.* *Ius nov. Gallicanum* eum tantum apparatus domesticum accessoriis fundi accenset, qui gypso,

gypso, calce vel alio modo, ita vt sine fractura seu detrimento diuelli nequeat, infixus est. *Cod. Nap. art. 525.*]

§. IV.

Inter res corporales pecunia sine omni dubio locum habet.

1) *Iustinianus* omne id, quod tangi potest, in corporalium rerum censum scribit, §. 1. *I. de rebus corporalibus* (2, 2.); hoc autem de pecunia obtinet eandemque ob causam pecuniam ipsam ad id, quod est corporale, refert: immo hoc nomine eandem comparat cum fundo aequae ac homine.
2) Quod vindicari potest, corpus habere debet ob *L. 56. D. de R. V.* (6, 1.) sed pecunia potest vindicari, §. 2. *I. quibus alienare licet* (2, 8.) Quibus aliud placet, ii potissimum ad *L. 5. pr. D. de impens. in rem dotalem factis* (25, 1.) prouocare solent ac cum hac coniungunt *L. 95. D. de leg. 3.* (32.) *L. fin. D. de adim. legat.* (34, 4.) *L. 10. D. de acceptilat.* (46, 4.) *L. 68. pr. D. ad SC. Trebell.* (36, 1.) ac *L. 19. §. 2. D. de condict. indeb.* (12, 6.) neque solum nostrae sententiae refragatur *F. Hottomannus, quaest. illustrium quaest. 15. p. 97.* sed etiam certo modo *S. de Cocceii, iur. controu. libr. 1. tit. 8. quaest. 10.* in *A.* autem *Vinnio, com. ad pr. instit. de rebus corporal. num. 1.* ea inuenit fautorem. [Add. *I. O. Westenberg princ. iur. civ. §. o. D. L. 1. tit. 8. §. 26.*]

§. V.

QUATVOR existunt species iuris in re, videlicet

delicet dominium, hereditas, seruitus ac pignus.

Plures propositiones thesis haec complectitur. Eam ita quum formamus; negamus, plures species iuris in re cogitari posse; simul autem adfirmamus, omnibus his iuribus, a nobis nominatis, tribui posse qualitatem iuris in re; neque tamen ea omnino inter se conuenire statuimus hancque ob rem diuersas quatuor species conficere putamus. Quod ad primam spectat positionem, probatione illius, tamquam negatiuae, merito superfedemus. Secunda ex eo patet, quod omne illud ius in re est, quod aduersus quemlibet eius possessorem qua talem persequi licet ipsamque adficit rem; omnia vero illa iura, quae modo nominauimus, ita sunt comparata. His quum accedit, quod dominium ac ius hereditarium cum rei proprietate sit coniunctum, minime autem pignus ac seruitus: domini obiectum sit res singularis; hereditatis autem res vniuersalis; seruitus vsus gratia; pignus vero ob solam constituatur securitatem: neminem quoque fore arbitramur, qui in dubium vocaret tertiam positionem. Quae quamuis ita sint; quaestio tamen de iure in re eiusque speciebus semper maxime controuersa existit, vti vel ex iis perspici potest, quae hac de re, diuersa tamen ratione, protulerunt *H. Hahniius, de iure rerum et iuris in re speciebus*; *Helmstadii*. 1643. *I. Bornius*, *diff. de iure in re, actiones reales producente*, *Lipsiae* 1662. *G. A. Struvius*, *vindictis pro dissertat. Hahniana de iure rerum*, *Ienae* 1663. *E. Gläserus*, *diff. de iure in re, Iac. Bornio opposita*, *Helmst.* 1663. *B. L. Schwendendorfer*, *diff. de vera diuisione iuris in re*, *Lips.* 1663. Omnibus haec scripta, sibi in-

vicem

vicem maxime repugnantia, coniunctim edita sunt *Helmstadii* 1664. praeter ea autem memorandi sunt: *W. H. Brücknerus*, progr. *de iure reali eiusque actionibus et speciebus*, *Erfordiae*, 1728. *F. A. Hommelius*, diss. *qua quinque iuris in re species, quas vulgo tradunt, nec semper tales esse, nec solas, probatur*, *Lips.* 1736. vna cum aliis. [Conferas *Thibaut*, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts.* t. 2. n. 2. pag. 25—71. *Glück Ausf. Erläut. der Pand.* t. 2. §. 178. *Hugo Civil. Magazin*, t. 2. n. 9. p. 230.]

§. VI.

Possessio non est ius in re.

1) Possessio, in se spectata, sine omni iure esse potest, quod exempla furis, praedonis aliorumque malae fidei possessorum, qui rem quamdam possident, docent, *L. 2. D. uti possidet* (43, 17.) 2) Possessio adquiri potest ab iis, qui ius in re adquirere nequeunt, *L. 1. §. 4. D. de adquir. vel. amittend. possess.* (41, 2.) 3) Eam actionem realem haud producere, partim ex *L. 1. §. 3. D. de interdictis* (43, 1.); partim ex eo, quod interdicta a praetore possessoribus data, contra tertium institui nequeant, constat. 4) Quodcunque ius, re vi et fraude praedonis erepta, evanescit, id non esse ius in re, certum est; illud vero de possessione praedicat *L. 15. D. de adquir. possess.* (43, 17.) Dissentiunt propterea quod 1) iustae possessionis *L. 1. §. fin.* ac *L. 2. D. uti possidetis* (43, 17.) *L. 3. §. 5. D. de adquir. vel. amittenda possess.* (41, 2.) et iuris possessionis *L. 44. D. cod. L. 5. in fin. C. de liberali causa* (7. 16.) *L. 3. §. 1. D. de bonor. possess.*

(37, 1.) L. 2. §. 38. D. *ne quid. in loco publico* (43, 8) ac L. 5. §. 1. *ad leg. Iul. de vi publica* (48, 6) mentio fiat: 2) remedia iuris, scilicet interdicta, oriantur ex possessione: 3) possessori actio ad exhibendum L. 3. §. 12. D. *ad exhibendum* (10, 4.) tribuatur: 4) possessio iuris opponatur ei, quae corpore subsistit, L. 10. C. *de adquir. possessione* (7, 32.); neque minus, 5) L. 13. §. 1. C. *de iudiciis* (3, 1.) possessionem inter iura in re recensere videatur: 6) possessor rei immobilis liberetur a satisfactione atque actione conveniri queat reali; immo 7) actio Publiciana in possessione fundetur ac contra tertium tendat *H. Hahnus, not. ad Wesenbec. tit. de iudiciis. num. 4. tom. 1. p. 562. G. A. Struuius, syntagm. iur. civ. exerc. 3. thes. 89. C. Thomafius, not. ad Strauch. diff. in ius Iustin. p. 64. et I. G. Schaumburgius, comp. iur. dig. libr. 1. tit. 7. p. 68. nobiscum vero faciunt: V. Huberus, libr. 4. digress. cap. 10. S. de Cocceii, iur. controuerso, libr. 1. tit. 8. qu. Z. Huber, libr. 3. diff. 5. cap. 3. ac D. de l'Espaul de possessione, speciebus iuris in re non adnumeranda, Lugd. Batav. 1785. [Conferas F. C. von Savigny, das Recht des Besitzes §. 5. et 6.]*

§. VII.

[In omni acquisitione ius romanum civile aeque ac ius naturale seu gentium titulum ac modum acquirendi distinguit.

Acquirere seu rem suam facere nemo potest, nisi facultati rem acquirendi iuridicae factum quoque apprehensionis physicae accedat. Cum enim in acquisitione id agatur, ut omnes ab rei acquirendae usu

usu excludantur, necesse est, rem acquirendam in talem redigi statum, quo, communione originaria eandem exemptam, atque ex re nullius rem priuatam factam esse, cognosci possit. Facultas illa iuridica titulum, apprehensio physica modum acquirendi constituit, vtrumque vero, licet saepissime in vno eodemque facto acquirentis concurrant, in omni acquisitione reperimus. Vide, si libet, quae inter caeteros iuris naturalis doctores, *Hugo Grotius*, de iure belli ac pacis L. 2. c. 8. et *Im. Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* §. 6. §. 12. sq. hac de re disputarunt. At iuri quoque civili romano distinctio ista nequaquam aliena. Sicuti enim sola apprehensio physica ius non tribuit reale, nisi iusta praecesserit causa seu titulus, §. 40. I. de R. D. (2, 1.) L. 31. D. de A. R. D. (41, 1.) L. 48. D. de usurp. et vsuc. (41, 3.) ita causa iusta seu titulus per se dominium non transfert nisi modus acquirendi iure civili aut gentium *) approbatus accesserit, L. 50. D. de R. V. (6, 1.) L. 59. L. 65. D. de A. R. D. (41, 1.) F. C.

*) Iure gentium intelligimus id, quod naturalis suavit ratio, atque cum ipso genere humano rerum natura prodidit §. 11. I. de R. D. (2, 1.) L. 1. D. de A. R. D. Quod vix notatu dignum, nisi nuper *Fr. Schöman*, *Handbuch des Civilrechts* t. 2. n. 7. p. 162. ius gentium apud Romanos id denotasse, quod externae gentes sibi legibus positivis condidissent, nobis persuadere voluerit. Eadem quoque in libro, *Erläuterung der Civilgesetzgebungen Napoleons u. Justinians* j. 1 p. 7. recoxit et praetorem peregrinum non secundum ius commune, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sed secundum ius positivum gentium exterarum ius dixisse sibi finxit. Radiculum sane, Forsan praetores romani studio iuris in academiis Graecorum, Carthagenensium, aliisque per triennium incumbere solebant!

C. von Savigny, Das Recht des Besitzes §. 13. sq. Et haec communis iurisconsultorum doctrina. *C. Hofacker, Instit. iur. rom. §. 128. I. A. Hellfeld, iurispr. for. §. 578. et 579. Höpfner, Commentar üb. d. Instit. §. 293.* qui tamen in definiendis tituli ac modi acquirendi notionibus minus accuratus. Cfr. *G. Hugo, Civil. Magazin t. 1. p. 85. et 192. et t. 3, p. 88. et 187.* Cum autem saepissime vno eodemque facto et titulus et modus acquirendi coniuncti sint, nec ipse Imperator, vbi de modis acquirendi originariis loquitur tituli seu causae possessionis mentionem faciat, §. II. *Instit. de R. D. (2, 1.)* multi distinctionem istam ad solam traditionem et vfucapionem adplicandam esse censuerunt, vti *I. O. Westenberg, princ. iuris rom. §. o. Dig. L. 41. tit. 1. §. 136. et 149. Thibaut Versuche üb. einzelne Theile der Theorie des Rechts t. 1. n. 11. p. 220.* Quorum sententiae quamquam *L. 2. D. pro suo (41, 10.)* obstare videatur, tamen nec hic stetit, sed ultra progressus est *Fr. Schöman, Handbuch des Civilrechts t. 1. n. 7. p. 144.* omnemque hanc distinctionem inutilem otiosamque esse sibi persuasit, mirum in modum omnia confundens.]

CAPVT SECVNDVM

DE

DOMINIO.

§. I.

FERA bestia per id, quod solum loco in circumsepto, nobis competenti, vagatur, nobis non acquiritur.

1) Ad occupationem ferae bestiae necessaria est adprehensio, animo sibi habendi facta, hancque ob causam L. 3. §. 2. *D. de adquir. rer. dom.* (41, 1.) *Caius* illam clare postulat; sed eiusmodi adprehensionem in loco circumsepto factam esse, non adfirmare possumus, ubi solum vagatur. 2) Requirit *Paulus*, L. 3. §. 14. *D. de adquir. vel amitt. poss.* (41, 2.) ut eiusmodi animalia, quae occupare cogitamus, in locis, illis custodiendis destinatis, videlicet feras bestias viuariis et pisces piscinis includamus: contra statuit, pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quae in siluis circumseptis vagantur, neque in iis sunt inclusae, a nobis non possideri *). 3) Quum aper eius in dominium, qui laqueum

*) Quum hoc loco ad memoratam legem prouoco, videlicet L. 3. §. 14. *D. de acquirenda, vel amittenda possessione*: suppono, lectionem vulgatam verborum illius: sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in siluis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, rectam esse, eosque iurisconsultos falli, qui particulam non iis post vocabulum siluis inferendam censuerunt. Plures rationes mihi

laqueum, in quem incidit, venandi causa posuit, haud peruenit nisi accedit ille atque eum redigit in suam

hi sese offerunt, quibus sententiam meam corroborari posse credo. Haud leue argumentum ex eo duco, quod in codice *Florentino* verba eodem modo exhibeantur, neque *G. Haloander*, licet religioni alioquin haud duxerit, legi adiectione particulae negatiuae plane alium tribuere sensum, illud hoc in loco haud ausus sit. Conveniunt quoque haec in re libri *ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ*. Deprehenditur idem locus *Paulli* iis in libris elegantissimi huius operis, qui cura *G. O. Reitzii* tom. 5. thesauri iuris Romani ac canonici *G. Mermanni* primum adparuerunt, atque ita libr. *L. tit. 2. leg. 2. p. 44.* legitur: *ἐἰ θῆρῖα ἐν βιβαρίοις ἀποκλείσω, ἢ ἰχθύας εἰς πισκίναν συναγάγω, νέμομαι αὐτὰ, οὐμὴν εἰ ἐν ὕλῃ θῆρες, ἢ ἐν λίμνῃ οἱ ἰχθύες εἰσὶ, ἴφ ἑρας νιυαρίις ἰνκλῡσερο αὐτ πῖσces ἰν πῖscinam coniecero, possideo ea; non item, ἴφ ἑρας ἰν σῖlva, αὐτ πῖsces ἰν σῖagno sῖnt.* Quodsi interpret graecus in translatione huius loci codice digestorum esset vltus, qui in eo a lectione codicis *Florentini* discederet ac particulam negandi memoratam haberet inter vocabula *siluis circumseptis* officio suo profecto haud satisfacisset, si *siluarum* generatim mentionem facere voluisset atque effatum iurisconsulti ad *siluas* quoque *circumseptas* extendisset; quum autem illud omnino facit, vbi *siluarum* hoc loco, omni discrimine remoto, meminit atque, eum partibus suis omnino functum esse, merito praesumendum est, ideoque admodum probabile, illum ideo determinationem *siluarum*, a *Paullo* adhibitam, omisisse, quod *feras* in *siluis* non *circumseptis* vagantes, occupari potuisse, extra omnem dubitationem esset positum atque ita liqueret, vt nulla egeret disputatione; idem autem de *feris* obtinere, quae in *siluis circumseptis* deprehenderentur, ex lege adpareret, de iure constat, sine ratione particulam *non* a criticis quibusdam adiei. Nec tandem falli me puto, si idem ex tota orationis structura *Paulli* concludo. Comparat hoc loco *stagna* cum *siluis*; ea vero quidem similitudinem habebant cum *siluis circumseptis*; minime autem cum *siluis* non *circumseptis*.
Sci-

suam potestatem, teste *Proculo*, L. 55. *D. de acquir. rer. dom.* (41, 1.) neque animalia nostra fiunt, si locis in circumseptis nostris vagantur, nisi opportunam, quae sese nobis per id offert, occasionem adprehendamus, ea occupandi nobisque per id acquirendi. Dissentiunt ob ea, quae de in piscinis aequae ac viuariis obtinent. *S. Pufendorfius*, *de iure nat. et gent. libr. 4. cap. 6.* omnesque iis, qui L. 3. §. 14. *D. de A. vel A. P.* emendam censent, velut *D. Gothofredus*, *not. ad h. l.* *Fr. Hottomannus*, *libr. 8. observat. cap. 7.* *G. Noodtius*, *libr. 1. observ. cap. 2. tom. 1. oper. p. 310.* atque alii: immo a via nostra deflectunt, qui lectionem huius legis per distinctionem viuariorum et piscinarum a stagnis et siluis circumseptis; vel domini a possessione defendunt cum *H. Grotio*, *de iure belli ac pacis libr. 2. cap. 8. §. 2.* *A. Wielingio*, *var. lect. iur. civil. libr. 1. cap. 4. p. 16.* ac *H. V. Hunnio*, *var. iur. resolut. libr. 2. tract. 1. quaest. 13.* Communem sententiam, quae nobis quoque placet, imprimis probant *G. A. Struvius*,

Scimus, ista etiam circumsepta fuisse, ut liquet ex *Suetonio*, *vit. Neronis, cap. 31.* ac *Tacito*, *annal. libr. 14. cap. 14. num. 3.* quumque profecto nemini in mentem venisset, domino silvae possessionem tribuere ferae bestiae, in silva non circumsepta vagantis, hocque primis principiis iuris civilis repugnasset, superuacanei operis culpam profecto haud effugisset, si hoc tradere voluisset. Merito itaque statuendum est, ipsi sermonem esse de silvis circumseptis; tanto tamen maiori iure sententiam, quam iniit, amplecti potuit, quum secundum differentiam, quae apud veteres extitit inter viuaria ac silvas circumseptas, observante *Varrone*, *libr. 3. cap. 11. et 12.* iurisconsultus quidem viuario, minime autem silva feram bestiam includi tradidit eamque quidem tali silva, haud tamen viuario vagari posse, adfirmavit.

vius, exerc. 41. thes. 9. tom. 3. p. 94. et I. I. *Wissenbachius*, exercitat. ad quinquaginta libros pandectar. disput. 18. §. 6. p. 810. [C. F. von *Savigny*, das Recht des Besitzes §. 31. p. 337. et 338.]

§. II.

Si ferae bestiae in alieno capiuntur fundo, fiunt capientis; neque interest, vtrum dominus ipsi prohibuerit, quo minus ingrederetur, an id haud factum sit.

1) Quaecunque fera bestia nullius in bonis est, illa naturali ratione occupanti cedit. Illa autem, quae alieno in fundo vagatur, per id nondum in dominium eius redigitur, qui illum fundum possidet, L. 3. D. de acquir. rer. dominio (41, 1.) 2) Idem statuit expresse imperator, §. 12. Inst. de rerum diuis. (2, 1.) Quae huic sententiae opponi solent argumenta, petuntur imprimis ex L. 16. D. de S. P. R. (8, 3.) L. 53. D. de A. R. D. (41, 1.) L. 22. C. de rei vindicat. (3, 32.) L. 27. §. 25. D. ad leg. Aquil. (9, 2) atque ex satis noto illo praeepto, quod nemo debeat ex delicto suo lucrum sentire, L. 5. C. de legibus (1, 14); autem H. Hunnius, resolut. iur. ciuil. libr. 2. tract. 1. quaeest. 12. ac G. A. Struuius, syntagm. iuris ciuil. tom. 3. ex. 41. §. 9. p. 94. nobiscum consentiunt. [Nec non Thibaut System des Pand. R. t. 2. §. 593. et inter antiquiores H. Donellus, Comment. Lib. 4. c. 8. n. 40. Dissentiunt tamen W. A. Lauterbach, Coll. theor. pr. L. 41. t. 1. §. 17. et Höpfner, Commentar über d. Instit. §. 300. n. 4. Iure nouo Galliae facultas venandi et piscandi specialibus regitur legibus. Cod. Nap.

a. 715. Leg. 30. April. 1790. prohibitum est, in alieno fundo venari, sed mulcta tantum in eos qui tale quid admiserint statuta].

§. III.

Per solam vulnerationem, licet ita sit comparata, ut eam mors sequatur, fera bestia nostrum in dominium haud peruenit.

1) Vulnerationem solum cum adprehensione comparare possumus; sed praeter eam ad occupationem etiam redactio requiritur *). 2) *Caius*, L. 5.

L 2

§. I.

*) Quaestio de effectu vulnerationis bestiae inter antiquiores omnino iam controuersa fuit; verum tamen haud adfirmare possumus, celeberrimas illas Romanorum sectas hac de re litigasse, nimirum Sabinianos ac Proculianos. Etsi constat, Labeonem discipulum fuisse Trebatii, haud tamen huius castra sequutus est hac in re, uti constat ex L. 55. D. de A. R. D. (41, 1.) ac multo minus probari potest, eius aduersarios Trebatii sententiam adoptasse: quot autem sententiae a prudentibus fuerint adoptatae, alia est quaestio. Duas tandem recenset *Caius*, L. 5. §. 1. D. eod. neque plures nominat imperator, §. 13. I. de rer. diu. (2., 1.) Solus *Theophilus* trium meminit; sed hoc nomine quoque notatur ipse ab interpretibus, I. Douiat ac C. H. Fabroto, tom. 1. *Theophili*, p. 219. edit. *Reitzii*, atque eo minus narrationis illius rationem habere possumus, quum duae priores commode sunt coniungendae. Ceterum haec est ratio, cur *verius* solum esse statuatur *Caius*, quod hac de re tradit, Solitos fuisse iurisconsultos, dum quidquam proferrent, quod haud omnibus placeret, ne eos laederent, id dubio quasi atque ancipiti animo tradere, iam dudum litteratissimi iurisconsulti animaduenerunt. Prouoco solum ad L. 71. §. 2. D. de condit. et dem. (35, 1.) L. 4. D. de usuris (22, 1.) L. 14. D. de leg. 1. (30.) L. 47. D. de acquir. vel omittenda possess. (41, 2.) L. 118. D. de

L 2

V.

§. 1. *D. de A. R. D.* (41, 1.) solum sententiam Trebatii, feram bestiam statim ac vulnerata sit, nostram fieri, refert: non sine caussa, plerosque ei aduersari, addit: immo *id verius esse*, adfirmat ac modesta hac, iurisconsultis vsitata, formula, Trebatium sese fefellisse, indicat: immo *Iustinianus* eam claris confirmavit verbis, §. 13. *I. de rer. diuisione* (2, 1.), cuius sententiam euidentius exposuit *Theophilus*, *paraphras. institut.* §. 13. *de rer. diu.* Dissentiunt ob *L. 55. D. A. R. D. F. Balduinus*, *not. ad h. l.* atque alii: nobiscum faciunt *G. A. Struuius synt. iur. ciuil. exerc. 41. thes. 9. tom. 3. p. 94.* *W. A. Lauterbachius*, *colleg. theor. practic. tom. 3. libr. 41. tit. 1. p. 170.* [*Thibaut System des Pand. R. t. 2. §. 593.*]

§. IV.

Faber, si ad reparationem aedium est conductus et in fodiendo thesaurum inuenit, eius dimidiam sibi vindicat partem.

1) Do-

V. S. L. 38. §. 9. D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5.) atque *L. 3. §. 2. D. de separat.* (42, 6.) *L. 9. §. 1. D. de duob. reis* (45, 2.); vbi autem Tribonianus cum suis adiutoribus locum quemdam in digesta transferendum curaret, quo vel minimum eius auctor de quaestione controuersa haud obscure significaret, quaenam sententia ipsi magis adrideret, tacite simul, eandem quoque imperatori placere, declarabat. Eius rei euidentissimum praebet exemplum lex nostra *Caii*, si cum illa comparare velimus, quae in §. 13. *I. de rer. diuis.* sunt sancita. Ceterum ea, quae *N. Catharinus*, *libr. 4. obseruat. cap. 1. tom. 6. thes. iuris ciuilis ac canonici G. Meermannii p. 791.* de lite veterum supra memorata tradit, digna sunt, quae legantur.

1) Docet hoc *Scaeuola*, L. 67. D. de rei vindicat. (6, 1.) Quaestionem in medium profert, ad quem pecunia pertineat, quam eiusmodi faber inuenit? Distinguit, num sit thesaurus, an alia pecunia forte deperdita, quumque solum posteriori in casu, illam ei, cui antea fuerat, adsignat, tacite simul per id significat, thesaurum inuentori vel minimum pro dimidia parte esse adscribendum.

2) Certum deinde est, semper thesauri dimidiam partem competere inuentori, si quis eum, sine data opera, in loco alieno inuenit; illud autem de fabro, licet eum fodiendo inuenerit, adfirmari potest, siquidem non eum in finem terram effodit, ut thesaurum exquirat. Si quis 3) arando vel colendo terram thesauri partem sibi acquirit, ille eam quoque merito occupat, dum effodiat; prius autem ex L. vn. C. de thesauris (10, 15.) patet. Ab hac sententia ideo, quod mercenarius praeter mercedem nihil exigere possit et conductorem suum reterat ac ob L. 46. §. 4. D. de procuratoribus (3, 3.) discedit: *P. G. Tholosanus syntagmat. libr. 3. cap. 2. num. 4.* cum aliis; sed mecum consentit *C. van Bynckershöck, obs. iuris Romani, libr. 2. cap. 4.* ac *C. L. Crellius, de thesauro a mercenariis ac fabris inuento. Vitemb. 1755. [in Crellian, fasc. 8. n. 69. Ita quoque Cod. Nap. a. 716.]*

§. V.

Si thesaurus inuenitur in fundo dotali, dimidia eius pars cedit inuentori, dimidia autem uxori.

Concludimus illud 1) L. 7. §. 12. D. soluto matrimonio (24, 3.), quum secundum eam marito, dimi-

dimidia pars tribuitur thesauri ab ipso in fundo dotali inuenti: dimidia autem vxori. Quum integer thesaurus ipsi competeret, si eius dominium naturale vsque eo extenderetur, vt quoque vindicare sibi posset thesaurum qua dominus: sine vlllo dubio marito qua domino thesaurus penitus est denegandus. Quod dein 2) ad fructus iure haud referri potest, id nec assignari potest marito, dotis usufructuario. Quum alii dimidiam potius partem marito assignant partim ob *L. 7. §. 12. D. eod.* partim ob *L. 65. D. de R. V. (6, 1.)* quaestio haec controuersa exstitit inter *W. A. Lauterbachium*, *loc. cit.* ac *S. de Cocceii*, *iur. controuerso*, libr. 39. *quaest. 3. p. 423.*

§. VI.

Si per artes illicitas thesaurus inuenitur in fundo alieno, cedit haud totus fisco, sed solum pars eius dimidia, altera autem competit fundi domino.

Dimidia pars competiisset domino, si ab altero sine illicitis artibus esset inuentus, id quod nemo negabit; reuera itaque innocens poena quadam ob alterius delictum adficeretur, si parte hac priuaretur ac thesaurus totus fisco cederet. Disputant hac de re quidam litterati homines idque ea ratione, vt *A. Peregrinus*, *de iure fisci*, libr. 4. tit. 2. *A. Alciatus*, libr. 7. *parergor. cap. 1. 10.* *Brunnemannus* ad *L. vn. C. de thesauris* nobiscum consentiunt; ab iis autem ob *L. vn. C. de thesauris (10, 15.)* alieni sint 1) *Lauterbachius*, *colleg. theoret. practic. tom. 3. libr. 41. tit. 1. §. 39. p. 185.* et *I. B. Friesius*, *diff. de thesauro arte magica*

magica inuento, Ienae 1724. [nec non *Thibaut System des Pand. R. t. 2. §. 600.*] qui totum thesaurum hoc casu domino adsignandum esse statuunt; neque minus 2) aliam foueant sententiam *C. Molinaeus, de iust. et iure tract. 2. disp. 56. num. 1.* et *M. Berlichius, part. 2. conclus. 2. num. 57.* [Etiam *C. C. Hofacker, princ. iur. civ. rom. germ. t. 2. §. 934.* et qui eius vestigiis fere vbique insequitur *C. A. Günther, princ. iur. rom. priv. nou. t. 2. §. 573.* integrum thesaurum, illicitis quaesitum artibus, fisco vindicant. Ius nouum gallicanum sine vlla distinctione thesaurum siue casu fortuito siue data opera inuentus sit, inter inuentorem dominumque fundi diuidi, iubet. *Cod. Nap. a. 716.*]

§. VII.

Theauri adquisitio est modo accessio, modo occupatio.

Quatenus inuentor thesauri partem sibi acquirit, eatenus est occupatio, quod quoque euidentius est ex *L. 31. §. 1. D. de adquir. rer. dominio (41, 1.)*; vbi autem dominus partem eius nanciscitur, fit illud iure accessionis. Haec est de quaestione, iam inter veteres iuris consultos, *Brutum* et *Manilium* ex vna ac *Sabinum* cum *Paullo* ex altera parte controuerſa [cuius historiam *I. Schilter Exerc. ad Pand. 45. §. 25.* erudite exposuit], sententia *I. G. Heineccii, elem. iuris ciuilis, secundum ordinem institut. libr. 2. tit. 1. §. 351.* [cui quoque *Thibaut, System des Pand. R. t. 2. §. 600.* et *C. L. Crell, de thesauro a mercenariis aut fabris occultato, in Crellian. fasc. 8. n. 70. §. 2.* subscripserunt

plerunt] sed ab ea deflectunt, qui vel solum occupationem, vel tantum accessionem in thesauri inuentione latere persuasum habent. Inter istos eminet et quidem ob modo laudatam, *L. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dominio V. Huberus, praelect. ad instit. tit. de rer. diuisione, §. 29.* his autem ob *L. 63. §. 2. D. de A. R. D. E. van der Man, diss. ad L. 3. §. 3. D. de acquir. vel am. poss.* quae exstat in *Oelrichs thesauro dissertat. iuridicar. in academ. Belgicis habitar. tom. 2, vol. 1. p. 305.*

§. VIII.

Alueus derelictus cedit ex sententia iuris Romani possessoribus agrorum, ei vicinorum, siue eorum initio pars fuerit, siue ab iisdem fuerit separatus tertiusque in dominio exstiterit.

Vbi pars agrorum vicinorum alueus fuerit: res in promptu est atque ita constat, vt nulla egeat disputatione. Neque vero aliud statuere licet, vbi ab iis separatus sit, quum 1) *Caius* clare dicit *L. 7. §. 5. D. de A. R. D.* (41, 1.) eum, cuius ager fuerit, in alueo haud quidquam habere, nisi vicinum habeat praedium, huiusque sententiae rationem reddit, quod ager, amissa propria forma desit esse, qui fuerat, et solum statuit, non facile euenire, vt flumen, alueum sibi parans, totum occupet agrum. Ita enim cum *G. Noodtio, libr. 1. probabil. cap. 1.* verba: *sed vix est, vt obtineat* sunt explicanda *), 2) Accedit §. 24. *I. de R. D.* (2, 1.) rem

*) Quatenus verba haec sint explicanda, inter ipsos iurisperitos haud conuenit, quum alii cum *Noodtio* putant, secundum ea non facile accidere, vt integrum agrum occupet

rem, sine omni discrimine adfirmans. Dissentiunt ob memorata verba: *vix est, ut obtineat*, L. 7. §. 5. D. de A. R. D. (41, 1.) occurrentia H. Donellus, libr. 6. commentar. iur. civil. cap. 18. A. Wielingius libr. 1. lect. iur. ciu. cap. 12. A. Vinnius, comment. ad §. 23. I. de R. D. E. Otto, comm. ad h. l. p. 179. T. L. Däsburg, diff. de modis acquirendi per flumen, Traiect. ad Rhen. 1744. edita. [Add. I. O. Westenberg in digest. L. 41. tit. 1. §. 85. C. C. Hofacker, princ. iur. civ. rom. germ. t. 2. §. 591. ob L. 30. §. 3. et L. 38. D. de A. R. D. (41, 1.)] Res eodem modo, quo a me factum, deciditur a G. A. Struuius, synt. iur. civil. ex. 41. thes. 32. [Cod. Nap. a. 563. aequiorem adoptauit sententiam, dominis fundi, quem recens flumen occupauerit, alueum derelictum indemnitate nomine adiudicando].

§. IX.

pet alueus, neque hic vicinum habeat praedium; alii autem credunt, respicere iurisconsultum sub his verbis ad aequitatem eamque se referre ad strictam rationem, cuius paullo ante mentio sit facta. Illorum dux atque antesignanus certo modo est Accursius; hunc autem sequuntur Chr. Wächtlerus opusculis, p. 196. atque Wielingius, loc. memorato: mihi tamen probabilior videtur coniectura Noodtii, quum aequitatis haud meminit iurisconsultus: immo sibi repugnare videtur, vbi ab iis, quae modo proposuit, denuo discedere voluerit, propterea quod sit aequius. Sine dubio raritas casus, a iurisconsulto memorati est quoque ratio, cur eam penitus silentio praeterierit Iustinianus, §. 23. I. de rer. diuis. (2, 1.) hocque omnino cum Wielingio statuendum est contra Wächtlerum, etsi quoque non minus voculas: *stricta ratione* deleuerit et, si cum his comparamus libros ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, libr. L. tit. 1. §. 7. tom. 5. thes. iuris civilis et canonici G. Meermannii, p. 35. reuera quoque eorum auctores idque sine dubio ob eandem rationem casum hunc haud dignum crediderunt, cuius mentionem facerent.

§. IX.

Si quis speciem facit partim ex sua, partim ex aliena materia, eius dominus sit sine distinctione.

Clara sunt verba imperatoris, quae id testantur, §. 25. *I. de R. D.* ideoque eo magis mirandum est, aliud statuere *H. Treutlerum*, *disp. 20. thes. 7.* et *P. Müllerum*, *not. ad Struu. exerc. 41. thes. 38. tom. 3. p. 113.* [quoque *A. Vinnium Comm. ad L. 2. tit. 1. §. 25. Inst.*] quum distinguendum esse putant hoc in casu, vtrum in pristinam formam redigi queat; nec ne, eumque in finem potissimum prouocant ad *L. 5. §. 1. D. de R. V. (6. 1.)* ac *L. 27. fin. D. de A. R. D. (41. 1.)* sed prior quoque notatus est a *Bachouio*. [Eadem statuunt *Hofacker pr. iur. civ. rom. germ. t. 2. §. 953.* *Thibaut System des Pand. R. t. 2. §. 597.* Iure nouo Gallicano condominium quoddam introductum est *Cod. Nap. a. 572. §. 1.*]

§. X.

Specificatio bona fide fieri debet, si quis speciei dominium per illam acquirere velit.

1) Specificans speciem suo nomine facere debet, id quod extra omne dubium est, quum acquisitiones, quae factum requirunt adquirentis, fieri nequeunt nisi accedit animus adquirendi: hoc etiam docet *Caius*, *L. 7. (41. 1.) §. 7. D. de A. R. D.* eandemque ob rem species nomine alterius facta, huic, vbi materiae dominus illam haud accipiat, tribuitur in *L. 25. et 27. §. 1. D. eod.* Ille autem
solum

solum speciem suo nomine facere videtur, qui nescit, materiam esse alienam hancque ob rem bona est fide. 3) Nemo ex facto illicito lucrum capere debet, sed proficuum esset eiusmodi factum ei, qui mala fide specificaret. 3) Ad exhibendam speciem domino materiae obligatur, qui eam alienam esse non ignoravit ac speciem ex ista fecit. Consentiant quoque plerique doctorum, *I. Brunemannus*, ad dict. *L. 7. §. 7. D. de A. R. D.* (41, 1.) *W. A. Lauterbachius*, coll. theor. pract. tom. 3. libr. 41. tit. 1. p. 217. *S. de Cocceii iur. controu. libr. 41. tit. 1. quaest. 21. p. 435.* [*Hofacker pr. jur. civ. rom. germ. t. 2. §. 953.*] sed a nostra deflectunt sententia alii cum *R. Bachovio*, [*ad Institut. L. 2. tit. 1. §. 25.*] propterea quod bonae fide mentio haud fit in §. 25. *I. de R. D.* (2, 1.) [Cui quoque assentitur *Höpfner th. pr. Commentar üb. d. Inst. §. 327.*]

§. XI.

Ex iure civili is, qui solo in alieno sua ex materia aedificat, aedificium autem non possidet, actionem ad repetendos sumtus haud habet.

Quodsi 1) ipsi actio esset tribuenda, necesse esset, ut illa negotiorum gestorum actione consisteret, vel condictione indebiti; sed neutra hoc loco cogitari potest. Illa plane cessat, quum neminem actionem negotiorum gestorum contrariam instituere posse constat; nisi negotium animo alterum obligandi gesserit, *L. 1. C. de negotiis gestis* (2, 19.) ac *L. 14. §. 1. D. communi diuidundo* (10, 3.) hocque in aedificante deficit; eadem autem ratione condictione

ne indebiti ille experire nequit, propterea quod ea semper natura esse solet, vt translationem quamdam, ab vno in alterum factam, supponat. Denegant 2) plures leges conductionem claris verbis, quum *Iulianus* scribit, *L. 33. D. de condict. indebiti* (12, 6.), eiusmodi sumtus non seruari posse, nisi per retentionem: hoc confirmat *Paulus*, in *L. 14. D. de except. doli mali* (44, 4.) ac *Papinianus*, in *L. 48. D. de R. V.* (6, 1.) eandemque ob causam aedificanti solum ius retentionis tribuit *L. 21. D. ad SC. Trebellian.* (36, 1.) Qui contrarium statuunt actionemque aedificanti tribuunt, prouocant 1) ad *L. 5. C. de rei vind.* (3, 32.) 2) ad conductionem incerti, qua aedificans possessionem repetere possit, secundum *L. 19. §. 1. D. de donat. inter vir. et vxor.* (24, 1.) *L. 40. §. 1. D. de condict. indeb.* (12, 6.) ac *L. 21. D. ad SC. Trebell.* (36, 1.) atque 3) ad ius cuiuslibet, rem suam, si ad ipsam peruenit, sine eius facto, vel causa repetendi, ex *L. 1. D. de condict. sine causa* (12, 7.): *L. 32. D. de reb. cred.* (12, 1.) ac *L. 14. D. de condict. indeb.* (12, 6.) neque minus 4) ad *L. 6. §. 3. D. de negot. gestis* (3, 5.) *L. 8. D. de pign. act.* (13, 7.) ac *L. 1. §. vlt. D. sol. matrim.* (24, 3.) Nostram sententiam adprobant *A. Faber*, *error. pragmaticor. decad. 26. error. 9.* et *A. Vinnius*, *quaest. iuris Roman. libr. 1. cap. 24.* [*I. O. Westenberg*, *Instit. L. 2. tit. 1. §. 131.* *Höpfner*, *Commentar üb. d. Inst. §. 320.*] ab iis autem deflectunt *I. Cuiacius*, *libr. 10. obs. iur. Rom. cap. 4.* *Io. Goeddaeus* in *L. 79. D. de V. S.* atque alii. [*V. Huber*, *praelect. ad Inst. L. 2. tit. 1. §. 40.* *Hofacker*, *princ. iur. civ. rom. g. t. 2. §. 958.* *Ch. A. Günther*, *princ. iur. priv. t. 2. §. 587.* aedificanti, modo fundum esse alienum igno-

ignorauerit, ob summam aequitatem actione in factum succurrendum esse putant. Quod foro seruari dicitur, et *Codiciis Napoleonei* quoque conditoribus placuit, dum domino fundi optionem tribuerunt, aut demolitionem petendi aut pretium materiae et operarum soluendi. *Cod. Nap. art. 555.*]

§. XII.

Bonae fidei possessor quemadmodum iudiciales, ita quoque naturales fructus, si iusto ex titulo bonaque cum fide eos percipit, lucratur.

1) Foetus pecudum, agnos, haedos et vitulos porro pilos, lac, lanam, inter fructus naturales referri debere, quis est, qui praeter *C. H. Fabrotum*, not. ad *Theophil. paraphr. institut. libr. 2. tit. 1. §. 36. tom. 1. p. 243. ed. Reitzii* negat? Ii vero bonae fidei possessori clare tribuuntur in *L. 28. D. de usuris (22, 1.)* et *L. 48. §. 2. D. de A. R. D. (41, 1.)* 2) Oliuam eundem in censum esse scribendam, docte monstrat *A. Vinnius comment. ad instit. libr. 2. tit. 1. §. 35.* eam vero fieri bonae fidei possessoris, testis est *L. 13. D. quibus modis ususfruct. vel vs. amitt. (7, 4.)* 3) Memoratu dignum est, quod scribit *Paulus*, *L. 48. pr. D. de A. R. D. (41, 1.)* bonae fidei emtorem non tantum fructus, qui diligentia et opera eius peruenerunt; sed omnes, eos percipiendo, facere suos. Tam generatim id adfirmat, ut ab iis nullos excludere queamus fructus. 4) Patet id ex ipsa *L. 45. D. de usuris (22, 1.)*, licet eam praesidio sibi esse credant, qui aliud existimant. Meminit

nit ibi iurisconsultus pomorum, tanquam fructuum, sine omni dubio naturalium, et tantum de iis negat, illa cuiuslibet bonae fidei possessoris, si ea quis decerpserit, fieri. Excludit ab illorum acquisitione eos bonae fidei possessores, quibus iustus deficit titulus [qualis in specie est conjux donatarius *Hofacker*, *princ. jur. civ. t. 2. §. 944.*] quod ex specie, lege relata, patet, et per id simul iis possessoribus, qui iusto ex titulo fructus naturales percipiunt, eorum dominium clare adsignat. 5) Bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id ius habet, quod dominis praediorum tributum est, *L. 25. D. §. 1. de usuris* (22, 1.) 6) Ei fructus, quos percepit, sine distinctione tribuit *L. 4. §. 2. D. fin. regundor.* (10, 1.) Dissentiunt ob *§. 35. I. de rer. diuis.* (2, 1.) ac *L. 45. D. de usuris* (22, 1.) *D. Gothofredus* ad *L. 48. D. de A. R. D. I. Corasius*, *libr. 5. miscel. iur. civil. cap. 9.* *R. Bachovius* ad *§. 35. I. de A. R. D.* *Z. Huberus*, *diff. iur. libr. 2. diff. 3. cap. 1. p. 435.* *H. V. Hunnius*, *resolut. iuris civil. libr. 2. tract. 1. quæst. 32.* [et bonae fidei possessorem fructus tantummodo industriales *pro cultura et cura* percipiendo suos facere putant. Eandem sententiam tuetur quoque *H. Donellus*, *Commentar. jur. civ. L. 4. c. 26.* quia fructus pendentes indubie sint domini, perceptio factum tertii, id vero, quod ante nostrum est, sine facto nostro ad alium transire non possit. Industriales autem ex singulari beneficio quoniam culturae mercedem ferre aequissimum sit, ei concessos. Conf. *F. C. von Savigny*, *Recht des Besitzes §. 22.*] in nostras autem discedunt partes *H. Pistorius*, *libr. 4. quæst. 26.* *B. Carpzov*, *part. 3. const. 32. def. 28.* *A. Vin-
nius*, *libr. 1. quæst. 25.* *D. Meuius*, *part. 2.*
dec.

dec. 213. *S. de Cocceii, iur. controu. libr. 6. tit. 1. quaest. 8. p. 467. B. H. Reinoldus, diff. ad tit. dig. de adquir. rerum dominio, cap. 6. in eius opusculis, p. 469. ac G. Noodtius, libr. 2. prob. cap. 7. tom. 1. oper. p. 48. [Add. I. O. Westenberg, Inst. L. 2. tit. 1. §. 170—172. C. A. Günther, princ. jur. rom. priv. t. 2. §. 578. — Cod. Nap. a. 549.]*

§. XIII.

Qui bona fide percepit fructus, eorum dominium reuocabile perceptione, irreuocabile autem eorum consumptione acquirit.

Prius patet ex eo, quod *Paulus, L. 48. pr. D. de A. R. D. (41, 1.)* de bonae fidei possessore aperte dicat, illum non dubie, id est, sine dubio, percipiendo fructus rei alienae suos interim facere. Quod quis facit suum, illud ipsius in dominium redigit; hocce autem tantum reuocabile esse, id quod est membrum huius propositionis posterius, ex eo perspicimus, quod ad irreuocabile huius rei dominium eius requiratur consumptio. Haud obscure iam nobis indicat *Paulus*, quum non sine causa vocabulo *interim* utitur atque dicit, bonae fidei possessorem fructus suos interim facere; sed longe clarius id patet aliis ex legibus. In iudicium finium regundorum fructus venire, *L. 4. §. 2. D. fin. regundorum (10, 1.)* solum negat, si eos vicinus consumsit ac tantum de consumtis fructibus dominum agere non posse, contendit §. 35. *I. de R. D. (2, 1.)* Eis accedit *L. 22. C. de rei vind. (3, 32.)* quum in illa bonae fidei possessori restitutio omnium fructuum exstantium imponitur: neque

que sub iis pendentes solum, sed omnes potius fructus, qui nondum consumpti intelligi debent, *vti* [contra *H. Donellum Lib. 4. Comment. iur. civ. c. 26.*] eleganter animaduertit *A. Vinnius, libr. 1. quaest. iur. ciuil. cap. 26.* cui addas *L. 4. §. 19. de usurpat. et usucap. (41, 3.)* Nostrae sententiae suffragantur *E. Bronchorstius, art. 2. miscellaneor. iuris, assert. 37.* *G. A. Struuius, ex. II. thes. 22. tom. 1. p. 690.* *S. de Cocceii, iur. controu. libr. 6. tit. 1. quaest. 9.* cum aliis: ei aduersantur ob *L. 37. D. de reb. cred. (12, 1.) L. 20. §. 13. D. (5, 3.) ac L. 1. C. de hered. petit. (3, 31.)* nec non satis notam regulam, quod nemo cum alterius damno locupletior fieri debeat, *B. Carpzov, part. 1. decis. 86.* *H. Vultei, libr. 1. iurisprud. Rom. cap. 6.* et reliqui iurisconsulti, a *P. Müllero, ad Struu. loc. cit. nominati.* Neque minus dissidium est hac in re inter *G. S. Madihu diff. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum immuni, Halae 1754.* ac *I. N. Moerkert, diff. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum non semper immuni, Ienae 1763.* existit. [Conf. *F. C. von Savigny, das Recht des Besitzes §. 22 a.* *Thibaut, System des Pand. R. t. 2. §. 601.*]

§. XIV.

Consumptos fructus dominus a bonae fidei possessore repetere nequit, licet ille per id factus sit locupletior.

1) Si dominus superueniens de fructibus perceptis agere nequit contra bonae fidei possessorem, nec repetere potest tantum, in quantum locupletior est factus;

factus; illud autem clare verba §. 35. *I. de R. D.* (2, 1.) tradunt. 2) Generatim dicit §. 2. *I. de off. iudicis* (4, 17.), consumptorum fructuum rationem haud habendam esse, si bonae fidei possessor fuerit. 3) Si certum est, domino ad repetendum illud, quod bonis bonae fidei possessor per perceptionem eiusmodi fructuum perceptorum accessit, neque actionem realem, neque personalem iure civili supeditari, nec illas repetere potest dominus. Realem eum haud habere, extra omnem dubitationem est positum: eadem autem ratione denegatur ipsi personalis actio a *Paullo*, L. 4. §. 2. *D. finium regundor.* (10, 1.) *sed ante iudicium percepti non omni modo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, si eos consumsit; aut mala fide, et condici oportet.* 4) Iura generatim bonae fidei possessorem fructuum perceptorum dominum esse statuunt sed necesse esset, ut illud saltem pro parte adfirmaremus, si distinguere vellemus, utrum utiliter an sine utilitate fructum sint percepti. Dissentiunt potissimum 1) ob id, quod de bonae fidei possessore, ad restituendos fructus obligato traditur, si condictione conveniatur indebiti, L. 15. et 60. §. 6. *sq. D. de condict. indebiti* (12, 6.) 2) fructus consumpti omnes ii sunt, ex quibus nihil adest, L. 24. §. 4. *D. de minor.* (4, 4.) ac L. 17. *D. quod metus causa* (4, 2.) 3) ob id, quod de hereditatis petitione L. 25. §. 11. *D. de hered. petit.* (5, 3.) traditur atque ob L. 50. *D.* (24, 1.) et L. 8. *C. de don. inter vir. et vx.* (4, 16.) ac L. 16. *C. de praed. et al. reb. minor.* (5, 71.) *D. Couarruias, libr. 1. var. resolut. cap. 3. I. Menochius, remed. 15. recuperand. possess. A. Faber, libr. 4. coniect. cap. 17. B. Carpzovius, iurisprud. forens. part. 3. const.*

23. def. 28. *M. Wesenbecius*, conf. 90. num. 9. *H. Pistorius*, libr. 4. quæst. iuris, quæst. 25. p. 605. nostram autem adprobant sententiam *A. Vinnius* ad §. 35. I. de R. D. *B. Branchu*, obs. iur. Rom. dec. 1. cap. 3. *S. de Cocceii*, iur. controu. libr. 6. tit. 1. qu. 9. *A. Leyserus*, spec. 96. med. 4. *I. B. Wernher* part. 1. obs. 318. *G. S. Madihn*, diss. de bonæ fidei possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni, atque fratres *Overbeck* Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien, vol. 30. med. 130. Ceterum has quæstiones tangunt: *C. Wildvogel*, de iure fructuum, a bonæ fidei possessore perceptorum, Ienae 1724. et *I. H. Berger*, de fructibus et impensis quoad bonæ fidei possessorem, Viteberg. 1695.

§. XV.

Dominium rei ex contractu, ob dolum nullo traditæ, in alterum non transit.

Si 1) eiusmodi negotium nullum est, nec ullos effectus producere potest; sed prius constat ex L. 7. pr. D. de dolo malo (4, 2.) 2) Secundum iuris civilis praecepta satis nota sola traditio haud transfert dominium, sed iusta cum causa, eam coniunctam esse oportet. 3) Si ex venditione imaginaria, donatione inter coniuges atque alienatione minorum, sine sollemnitate facta, non transit dominium, neque eiusmodi alienatio effectus producere potest; sed prius constat ex L. 16. C. de praed. et al. reb. minor. (5, 71.) L. 3. §. 13. D. de donat. inter vir. et vx. (24, 1.) L. 55. D. de contrah. emptione (18, 1.) Tandem 4) patet id ex L. 16. §. 1. D. de minoribus (4, 4.) Contrariam sententiam qui
tuen-

tuentur, prouocant ad L. 11. §. 5. ac L. 13. §. 4. et 5. D. *de act. emti* (19, 1.) L. 12. §. 1. D. *de iure dot.* (23, 3.) L. 3. C. *commun. vtriusque iud.* (3, 38.) et L. 5. C. *de resc. vendit.* (4, 44.) atque in his potissimum I. Corasius, libr. 2. *miscellan. cap.* 8. ac I. Robertus, libr. 3. *animaduers.* 1. 2. et 4. Sed iisdem inprimis sese opposuit A. Vinnius, libr. 1. *sel. quaest. cap.* 12. [Thibaut *System des Pand. R. t.* 2. §. 592.]

§. XVI.

Traditio ad transferendum dominium est necessaria.

1) Cum dominio facultas de re pro lubitu disponendi, omni tempore coniuncta esse solet; neque illud cogitare possumus; nisi domino copia sit facta de re disponendi, quod solum peragitur per traditionem. Constat hoc 2) ex L. 1. §. 1. D. *de adquir. possess.* (41, 2.) L. 20. C. *de pactis* (2, 3.) ac L. 13. D. *de distract. pignorum* (20, 5.). Sed quid opus est probatione? Tam clara est atque euidentis haec positio, vt neminem fore speremus, qui adhuc illam in dubium vocabit; nihilo tamen minus argumenta, quibus vtuntur, qui aliud fouent, peti solent ex L. 23. D. *de adquir. vel am. poss.* (41, 2.) L. 46. §. *fin.* D. *de furtis* (47, 2.) L. 23. C. *de SS. ecclesiis* (1, 2.) ac L. 1. C. *de don. quae sub modo* (8, 55.) Neque minus quondam de illa controuersia fuit, in qua H. Grotius, *de iure belli ac pacis*, libr. 2. *cap.* 6. et *cap.* 8. D. Couarruias, *variar. resolut.* libr. 3. *cap.* 5. num. 6. atque V. Huberus, *ad instit. de rer. diuis.* *cap.* 6. negarunt, traditionem necessariam esse; contrariam ta-

men fouerunt sententiam *Io. I. Wiffenbachius*, de mutuo, libr. 1. thes. 4. *A. Vinnius*, comm. ad instit. tit. de rerum diuis. §. 46. num. 4. et *S. de Cocceii*, iur. controuerf. libr. 41. tit. 1. p. 425. [Quaestio an traditio ad transferendum dominium fit necessaria, potius est juris naturalis, et a philosophis varie deciditur. *G. Hugo*, *Naturrecht* §. 273. *Fries*, *Philosophische Rechtslehre* p. 150. §. 21. Eodem fere redit alia controuerfia, num traditio fit modus acquirendi ciuilis aut naturalis, de qua *A. D. Weber*, *Reflexionen zu Beförd. e. gründl. Theorie vom h. Gebr. des Röm. R.* p. 37. *G. Hugo*, *Civil. Mag.* t. 1. p. 195. et t. 2. p. 79. Iure nouo Gallicano regulariter quidem dominium solo consensu transfertur *Cod. Nap. art. 1138.* tot autem exceptionibus regula ista subicitur, vt vix sustineri posse videatur.]

§. XVII.

Vacua possessio requiritur, vbi traditionem quis peragere velit.

1) Traditio non nisi ab eo peragi potest, qui plenam de re disponendi habet facultatem; hoc autem de eo non potest adfirmari, qui alteri rem quidem tradere vult, si tertius eius habet possessionem, secundum L. 22. D. de acquir. possess. (41, 2.) L. 4. §. 12. D. de usurpat. et usucap. (41, 3.) ac L. 13. §. 2. de verb. signif. (50, 16.) Vbi 2) traditione possessio non potest transferri; ibi non adest traditio: prius autem non locum habet, si possessionem tertius habet, L. 3. §. 5. ac L. 6. §. vlt. D. de acquir. poss. (41, 2.) Traditio 3) nihil aliud est; quam possessionis datio ac translatio, L. 3. pr. D. de

de act. emti (19, 1.); neque minus re tradita, possessionem ordinarie amitti traditur, L. 50. *pr. D. de rei vindicat.* (6, 1.) quibus L. 16. *D. de peric. et commodo rei vendit.* (18, 6.) L. 12. *C. de probat.* (4, 19.) L. 13. *C. de distract. pignorum* (8, 28.) ac L. 8. *C. de act. emti* (4, 49.) iungas. Contrariam sententiam ob L. 10. §. *fin. D. de condict. furtivae* (13, 1.) L. 16. *D. de fundo dotali.* (23, 5.) ac L. 8. *C. de act. emti* (4, 49.) praeter antiquiores, videlicet, *Placentinum, Io. Azonem, Accursium, Odofredum, Bartolum, Baldum*, fouet *H. Donellus, libr. 4. commentar. cap. 19.* nostrae autem adhaeret *S. de Cocceii, iur. controuerf. libr. 41. tit. 1. quaeft. 22. p. 428. sq. [I. O. Westenberg, princ. iur. civ. §. 6. Dig. L. 41. tit. 1. §. 146. F. C. v. Savigny Recht des Besitzes p. 167. Thibaut System des Pand. R. t. 1. §. 301.]*

§. XVIII.

Libertas ab annuis redditibus solo lapsu annorum nunquam praescribitur.

1) Ea est indoles ac natura annuarum praestatorum, vt tot sunt praestationes, quot sint anni et singulis annis noua praestatio debeatur secundum L. *vn. pr. D. quando dies vsufr. ced.* (7, 3.) L. 4. *D. de ann. legat.* (33, 1.) L. 11. *D. eiusd. tit.* ac L. 10. *D. quando dies legat.* (36, 2.) Haec quum ita sese habeant, quaelibet praestatio singularem requirit praescriptionem. 2) Debitorum conditionerum vel in diem delatorum praescriptio prius haud incipit, quam, si dies cessit vel condictio extiterit; inter ea autem praestationes futurorum annorum

norum sunt connumerandae. 3) Clare hoc tradit *Iustinianus*, L. 7. §. 6. *C. de praescriptionibus* 30. vel 40. annor. (7, 39.) Qui aliud statuunt, prouocare solent, vt sententiam suam probent de annuis praestationibus realibus ad regulam, quod non usu seruitutes expirent: praescriptionem actionis confessoriae, ob illas instituendae ac acquisitionem immunitatis ab aliis praestationibus, praescriptione faciendam, et, vt idem asserere queant de personalibus, siue descendant ex legato, siue ex contractu, partim adlegant L. 35. in fin. *D. de mort. caussa donat.* (39, 4.) ac L. 16. in fin. *D. de V. O.* (45, 1.) partim vnum quoque debitum esse adfirmant, si annum legatum sit perparuum hocque nomine id cum legatis ad certam diem praestandis secundum L. 5. §. 2. *D. quando dies legat* (36, 2.) comparant; legata autem temporalia vel minimum morte legatarii expirant. Eo nomine controuersia attentionem meretur, quod inter *Martinum Gosiam* atque *Bulgarum* iam hac de re agitaretur. Quum *Martinus* eandem foueret sententiam, quam quoque amplexus sum, eius castra sunt sequuti *A. Gailius* libr. 2. obs. 43. *St. Gratianus*, tom. 2. discept. for. 399. *B. Carpzouius*, part. 2. const. 2. def. 1. *Fr. a Sande*, decis. libr. 4. tit. 6. def. 1. *S. Stryckius*, de actionibus, sect. 3. membr. 1. axiom. 4. et *A. Leyferus*, spec. 253. med. 1. et spec. 454. [*I. Raue*, princ. uniu. doct. de praescriptione §. 118—125. *Oph. Ch. Dabelow*, Ueber die Verjährung §. 198. t. 2. p. 339.] eis autem refragantur ac cum *Bulgaro* faciunt *H. Hahnus* ad *Wesenbec.* tit. de legat. ann. in fin. *P. Friderus* de proc. mandat. libr. 2. cap. 74. *I. Brunnemannus*, ad L. 7. §. 6. *C. de praescript.* 30. vel 40. annor. num. 8. *N. Ch. L. B.*

L. B. de Lyncker, centur. 4. decis. 303. I. H. Boehmerus, iur. eccles. tom. 1. libr. 2. tit. 26. §. 4. et Fr. Behmerus, iur. controu. tom. 1. obs. 9. p. 161.

§. XIX.

Si defunctus in mala fide est constitutus, bona fide heres praescriptionem inchoare non potest.

Heres repraesentat personam defuncti ideoque in mala fide constitutus censetur, etsi illam haud habeat; vbi vero mala adest fides, ibi bona locum habere nequit. Prius constat ex §. 12. *I. de usucap.* (2, 6.) *L. 11. D. de diuers. temp. praescript.* (41, 2.) *L. 10. C. de adquir. vel am. possess.* (7, 32.) aliisque legibus. Placet hoc plerisque iuris interpretibus atque in his *S. de Cocceii iur. contro- verso, libr. 41. tit. 3. quaest. 21.* [*Rave, de praescript. §. 22. Höpfner, Commentar über d. Instit. §. 397. Thibaut, Ueber Besitz u. Verjährung P. 2. §. 21. Dabelow, Ueber die Verjährung P. 1. §. 78. p. 374.*] verumtamen ab hac sententia ob *L. pen. D. pro herede* (41, 5.) remotus est. [*I. I. Schütz, compend. iur. dig. L. 41. tit. 3. p. 574. et Vasquius Controu. illustr. L. 2. c. 73. quem potissimum refutauit Fachinaeus, Controu. iur. L. 1. cap. 66. et L. 8. c. 27. — W. Plank, die Lehre von der Verjährung nach den Grundsätzen des franzöf. Civilrechts §. 14. p. 174.*]

§. XX.

§. XX.

Bona fides in praescriptione extinctiua
haud requiritur.

Quaecunque praescriptio est praescriptio extincti-
ua, illa non requirit bonam fidem, propterea quod
bona fides opinionem supponit possessoris, se esse
dominum rei ideoque non cogitari potest, vbi non
adlit dominium neque possessio, secundum *cap. 5.
et fin. 10. de praescription. ac cap. 3. de regulis in
sexto.* Dissentiunt ob *cap. 5. et 20. de praescript.*
*B. Carpzovius libr. 1. respons. 33. num. 10. D.
Couarruias, libr. 1. resolut. cap. 7. G. A.
Struuius, exerc. 43. thes. 21. D. Meuius,
part. 4. decis. 233. num. 4. [P. 7. dec. 173. P. 8.
dec. 15. 16. 17.] Io. Brunnemannus, centur. 3.
decis. 13. S. Stryckius, part. 3. de action. fo-
rensis. cap. axiom. 6. F. E. Pufendorfius,
tom. 1. obs. iur. uniu. obs. 115. A. Leyserus,
spec. 90. med. 5. et spec. 455. med. 8. E. Ch. West-
phal de indole bonae fidei in praescriptionibus,
Halaë 1764. ac I. Rave, princ. doctrinae de prae-
script. p. 195. sed nostram adprobant opinionem iu-
risconsulti Ienenenses in sententiis suis ac praeterea
I. H. Boehmerus, iur. eccles. libr. 11. tit. 26.
§. 4. H. Cocceius, diss. 2. de finibus bonae fidei
in praescriptione vol. 1. exercit. curios. p. 1476. sq.
I. G. Estor, tract. von der Vsucapion, part. 1.
§. 170. humanissimus collega, Io. Lud. Schmidius
de praescript. act. pignoratit. cap. 2. p. 28. C. F.
Hommelius rhapsod. quaeft. obs. 208. et F. Beh-
merus, iur. controu. tom. 1. obs. 8. p. 158. [Da-
below, üb. die Verjährung P. 2. p. 179. — Cod.
Nap. art. 2266.]*

§. XXI.

§. XXI.

Bona fides non est probanda.

Quicumque solum negat, ille id, quod negat, ubi cuilibet constat, probare non debet. Qui autem bonam fidem pro se adlegat, non nisi negat, quum scientiam se habere iuris, alteri in rem competentis, quam habet, haud concedit. 2) Qui praesumptione quadam nititur, liberatur ab onere probandi: is autem, qui bona fide rem se possidere adserit, praesumptione iuris nititur, quae pro bonitate viri omnino locum habet, quam *C. Thomafius diff. singulari, de praesumptione bonitatis, tom. 2. disertat. iuridicar. p. 458.* copiosius exposuit. Accedit 3) *L. 21. D. de probat. (22, 3.)* Aliud placet *I. H. Bergero, oecon. iuris, libr. II. tit. II. thes. 21. not. 3.* hicque eo nomine ad *L. II. C. unde vi (8, 4.)* prouocat; sed mecum consentiunt *I. L. Schmidius, de praescript. tam certi quam incerti temporis, §. 48. in opusculis de praescriptione, p. 53. I. Rave in principiis doctrinae de praescriptione p. 51. ac E. Ch. Westphal diff. de indole bonae fide in praescriptionibus, Halae 1764. §. 20. [Hofacker, princ. jur. civ. rom. germ. t. 2. §. 971. — Cod. Nap. art. 2268.]*

§. XXII.

Contra ciuitates non solum centenaria, verum etiam quadragenaria praescriptio locum habet.

1) Satis notum est, vnicam saltem legem praesidio esse ciuitatibus, quae res suas centum tantum
anno.

annorum spatio praescribi existimant, nimirum *L. 23. C. de S. S. ecclesiis* (1, 2.); ipsam tamen in rebus ad ciuitates pertinentibus abrogatam esse a *Iustiniano Nou. 91.* merito statuimus. Clare in iis sancit, ecclesiarum res quadraginta annorum praescriptione adquiri posse; ab ecclesiis autem ad ciuitates, vt a maiore ad minus merito valet conclusio, quum tantum pretium rebus ciuitatum haud statueretur; quantum sanctiorum coetuum facultatibus hancque ob rem in *L. 23. C. de SS. ecclesiis* ultimo loco tantum ciuitates ponuntur atque illae reliquis sanctioribus coetibus adiunguntur. Neque minus 2) ex ratione legis constat, etiam in illa tacite abrogari, quae laudata in constitutione, *L. 23. videlicet C. de S. S. ecclesiis* de ciuitatum rebus sunt sancita. In difficultatibus eam ponit imperator, quibus is, qui centum annorum possessionem probare vult, obstringi soleat; nonne autem eadem locum habent, siue quis ciuitati; siue ecclesiae praescriptionem opponat? Dissentiunt ob *L. 23. C. de SS. eccles.* *P. Wesenbecius*, tit. 1. dig. de usurpat. et usucap. ium. 7. et *A. Fachinaeus*, libr. 8. controuerf. iuris cap. 1. inter eos autem, quibus nostra placuit sententia, locum tenet *P. Müllerus ad Stru.* ex. 43. thef. 19. cum aliis. [Auctoris sententiae suffragantur quoque *Hofacker* *prine. jur. ciu. rom. germ. t. 2. §. 979.* *Thibaut*, *System des Pand. R. t. 2. §. 1030.* aduersariorum vero alii res et actiones ciuitatum ordinarii temporis praescriptioni subesse putant, veluti *Rave*, de praescriptione §. 27. *Höpfner*, *Commentar üb. d. Instit. §. 403.* et *Thibaut*, über Besitz u. Verjährung *P. 2. §. 29. p. 99.* alii non nisi centenariam praescriptionem admittendam docent, inter quos *Cujacius L. 5. obseru. 5.* et *Dablow*

below, Ueber d. Verjährung t. 1. p. 289. 419. et t. 2. p. 175.]

§. XXIII.

Etiam iure Romano bona ecclesiae Romanae non nisi centum annis praescribuntur.

Clare id iubet *Nouella 9.* neque abrogata ista est per *Nouellam III.* quum 1) lex specialis lege generali tacite haud obrogatur, licet sit posterior et quod maximum est, haec constitutio directa est ad Theodotum, orientalium praetoriorum praefectum ideoque solum de ecclesiis orientalibus valuit. Neque minus 2) docet id authentica *quas actiones C. de S. S. eccles.* Aliud existimant ob sensum, quem *nou. 91.* tribuunt, *D. Gothofredus, not. ad Nouell. 9. I. Cuiacius, libr. 5. obseruat. cap. 5. et in tract. de diuers. tempor. praescription. cap. 31. R. Bachouius, ad Treutler, vol. 2. diff. 22. litt. m. et C. Rittershusius exposit. method. nouellar. part. II. cap. 1. p. 667.* sed falli hos iurisconsultos, doctissime demonstravit *I. A. Bachius, diff. de praescriptione centum annorum in action. ecclesiae Rom. de iure ciuili, Lips. 1750. in Opusc. n. 2.*

§. XXIV.

Praescriptio immemorialis per documenta etiam probari potest.

Ad probandam hanc praescriptionem necesse est, ut demonstremus, possessorem eiusue antecessores ius, de quo disputatur, semper exercuisse, nec unquam huius possessionis fuisse initium; illud autem

tem

tem per documenta eadem ratione demonstrari potest, qua per testes. Negat hoc *S. Stryckius*, *tract. de iure sensuum*, *diff. 8. cap. 3. nr. 22.* atque adfirmat *D. G. Struben*, *in den rechtl. Bedenken*, *tom. 4. p. 1.* [*Thibaut*, *über Besitz u. Verjährung P. 2. §. 84. p. 197.*]

§. XXV.

Praescriptionem immemoriam elidenti documenta non minus quam testes inferuiunt.

Vbi cuiquam hoc negotium impositum est, eo optime fungitur, vbi initium possessionis indicat hocque probat; sed illud demonstrari quoque potest ex documentis. Negat hoc ex rationibus politicis aequae ac suspectae fide quorundam documentorum *A. Leyserus*, *spec. 460. med. 1.* sed nobiscum conspirant *I. P. de Ludewig*, *commentar. in aur. bullam*, *tit. 8. §. 1.* *I. H. Boehmerus*, *in iure eccles. lib. 11. tit. 26. §. 42.* *G. L. Mencken de praescriptione immemorali, deficiente licet hominum memoria, per documenta elidenda*, *Lips. 1733.* *F. Behmerus*, *iur. controu. tom. 1. obs. 10. p. 162.* [*Thibaut*, *l. c. p. 199.*]

§. XXVI.

Sola contradictio extraiudicialis, in se spectata, praescriptionem rerum incorporalium haud interrumpit.

Si talis contradictio neque possessionem praescribentis; neque eius bonam tollit fidem: nec illa interrumpere potest praescriptionem; verum enim vero prius

prius ex ratione praescriptionis pariter ac bonae fidei
clare constat. Contrariam tuentur sententiam ob
ea, quae *L. 17. C. de R. V. (3, 32.) L. 2. C. de
annal. except. (7, 40.) L. 25. §. 7. D. de her. petit.
(5. 3.)* ac *L. 2. C. de servitut. (3, 34)* traduntur.
G. A. Struuius, ex. 43. §. 28. Ch. Wildvogel, resp. 299. et *A. F. Riuinus, de effectu quasi
interpellationis; seu legalis et extraiudicialis; sed
nostram probat D. G. Struben, in den rechtlichen
Bedenken, tom. I. p. 57.*

§. XXVII,

Etsi IUSTINIANVS iis, qui praescriptionem
metuunt ob absentiam tertii, qui procurato-
rem haud constituit, satis prospexit *L. 2. C.
de annal. except.* ei tamen restitutio in integrum
denegari nequit.

Clare restitutio conceditur *tit. D. ex quib. causis
maiores 25. ann. in integr. reslit. (17, 40.)* ob absen-
tiam tertii; neque vlllo modo hac in re leges hae
mutatae sunt, vel abrogatae. Qui eam admittere
haud volunt, ideo id faciunt, quod ipsis indignus
hoc beneficio videatur, qui remedio, in lege adle-
gata praescripto, haud usus sit atque inter eos locum
tuentur *Stryckius, tit. dig. ex quibus causis ma-
ior. §. 2. ac I. A. Hellfeldius, iurisprud. for.
libr. 4. tit. 6. §. 470.* sed mecum consentiunt *Io.
Brunnemannus ad L. 22. D. ex quibus causis
maior. num. 2. W. A. Lauterbachius, colleg.
theor. pract. libr. 4. tit. 6. §. 3. S. de Coeceii,
iur. controu. libr. 4. tit. 6. quaest. 1. G. L. Men-
cken, de actionibus, p. 48. atque fratres Ouer-
beck, Meditationen über verschiedene Rechtsma-
terien*

terien, vol. 2. p. 12. [*Hofacker*, princ. iur. civ. rom. g. t. 2. §. 852.]

§. XXVIII.

Qui res leuandae navis caussa in mare proiicit, earum retinet dominium.

1) *Constantinus* reseruat *L. 1. C. de naufragiis* nauem, ad littus expulsam domino eamque fisco denegat; a naui vero merito argumentamur ad res, quae in naui continentur. 2) Vbi non ad est animus derelinquendi, ibi nec cogitari potest derelictio. Illud extra omne dubium positum esse, liquet ex §. 47. *I. de rer. diuis.* (2, 1.) Neque minus id partim ex eo colligimus, quod res nostrae iisdem modis esse desinant, quibus adquirantur, *L. 133. D. de R. I.* (50, 17.) partim ex eo, quod adquisitio fieri non possit, nisi accedat animus acquirendi eamdemque ob causam idem statuendum sit de amissione; quis vero animum derelinquendi deprehendit in iactu mercium, qui sit saltem navis leuandae caussa, vt adparet ex *L. 9. §. vlt. D. de A. R. D.* (41, 1.) et §. vlt. *I. de Rr. D.* (2, 1.) 3) Quod non est derelictum; sed deperditum, illud semper vindicare licet; sed rem, in mare proiectam ad deperditas res clare refert *Iauolenus* in *L. 21. §. 1. D. de A. vel A. P.* (41, 2) 4) Euidenter rem probat *Iulianus*, *L. 8. D. de leg. Rhod. de iactu.* (14, 2.) Aliud in iure civili statui, aduersarii ex *L. 43. §. 11. D. de furtis* (47, 2.) concludunt. Inter illos refertur *Fr. Hottomannus*, comment. ad §. vlt. *I. de R. D.* sed *I. Schuback*, de iure littoris, cap. 3. §. 28. p. 176. nostram fouet sententiam. [Ita quoque *I. O. Westenberg*, princ. iur. civ. sec. ord. Dig. *L. 13. tit. 2. §. 10.*

CAPVT

CAPVT TERTIVM

DE

SERVITVTIBVS.

§. I.

Si servitus, fundo fructuario imponenda, ita est comparata, vt usufructuario nullo modo noceat, eam imponere potest proprietatis dominus, licet non consentiat usufructuarius.

1) Quodcunque fieri potest sine praeiudicio usufructuarii, illud in fundo sine dubio facere potest proprietarius, propter dominium, ipsi competens. Adfirmat id L. 16. *D. de usufructu* (7, 1.) clare. Iam non inquiramus, quaenam sententia sit *Ulpiani*, quae exstat in L. 15. *h. t.* licet non inficiemur coniecturam *C. van Bynckershoek*, quum *libr. 1. obseru. iur. cap. 2. p. 53.* existimat, pro *nequidem* legendum esse *equidem*, ac statuendum, *Ulpianum* ad constitutionem eiusmodi servitutis, requirere consensum domini servitutis, nobis magis quam *P. I. Heislero*, *de nuda propr. pleno dominio et proprietat. domino servitutem imponente*, *Halae 1756.* arridere *); certum tamen est, hoc statuere

*) L. 15. §. vlt. *D. de usufructu* (7, 1.) attentionem iurisprudentum ita excitauit, vt, qui in eius explicatione studia sua collocarent, diuersas in partes discederent. Primam in classem illos scribimus, qui eam medicina quadam critica indigere putarent; verum tamen haud conuenirent, quam in vocula mendum lateret ac qua ratione genuina lectio sit restituenda. Quum verba huius legis haec sunt: *proprietatis dominus nequidem consentiente fructuario servitutem imponere potest*, *Pinellus* aequae ac *Bussius*.

statuere *Pomponium*, L. 16. D. de usufr. Nonne vero huic regulae exceptionem adiicit, nisi deterior non

fius, observante I. Stockio, vindicat. legum anticriticis, cap. 5. tom. 1. thesauri iuris Romani E. Ottonis, p. 512. legem hanc innumeris aliis, ex quibus particulam non excidisse ferunt, adnumerant ideoque hanc inter verba imponere potest inferendam censent. Fr. Connanus, legi lucem, quam desiderat, accendi posse putat, si lib. 4. comment. iuris civilis cap. 3. §. 3. loco nequidem substituit nec quidem; sed aliud placuit V. Hubero, quum eunomia Romana, p. 328. persuasum habeat, Vlpianum loco nequidem scripsisse non nisi. Aliam ingreditur viam C. van Eck, ad tit. Dig. de usufructu, §. 28. dum legit loco nequidem equidem. Illum sequitur C. van Bynckershoek libr. 1. observat. iuris Romani, cap. 11. p. 55. et solum verba ipsa; levi tamen modo transiicienda esse, persuasum habet; neque minus in L. 17. D. eod. in locum item substituit autem, ac tandem P. I. Heislero, diff. supra a me adlegata p. 48. in locum consentiente substituit consciente. Ab his distinguenda est eorum prudentum cohors, qui sanum locum esse putant eamque ob causam alteram constituunt classem; nihilominus tamen inter se mirum in modum distant. Etsi G. A. Struvius inter elegantiores iurisconsultos haud facile locum sibi vindicet; ipsius tamen coniectura, quam exc. 12. thes. 19. protulit, ea attentione ab aliis digna est habita, ut illam P. de Toullieu, collectaneis, p. 321. magno eum feruore defenderet; B. autem H. Reinoldus, varior. cap. 16. p. 125. in ista refutanda tempus suum consumeret. Vti omnes tres in eo conspirarunt, quod haud quidquam hac in lege sit emendandum, idem existimant praeter I. Stockium, modo memoratum, eius aduersarius, I. Gothofredus animadversionum cap. 5. tom. 3. thesauri iuris civil. E. Ottonis, p. 277. L. Vitalis, lect. variar. libr. 1. cap. 8. tom. 2. thesauri memorati, p. 669. A. Faber, rational. ad L. 15. §. ult. D. de usufructu G. Noodtius libr. 1. de usufructu, cap. 15. tom. 1. operum, p. 422. I. Wolbers, observat. iuris Romani, cap. 6. p. 27. M. A. Galuanus de usufructu, cap. 35. cap. 6. A. Wieling, lect. iuris civil. libr. 1.

non fiat fructuarii conditio? 2) Idem mirum in modum corroborat L. 8. *D. de aqua et aquae pluui. arcend.*

libr. 1. cap. 8. Ch. H. Trotzius, praefat. Iac. Gothofredi operibus minoribus praemissa, p. 28. I. G. Bauer, diff. receptam L. 15. in fin. *D. de usufructu* lectionem ab aliorum emendatione, nec non vulgari explicatione et nota absurditatis, vindicans, Lipsiae 1731. Nonnulli eorum, auctoritate quorundam locorum veteris Latii scriptorum videlicet Suetonii vita Caesaris cap. 36. Liuii, libr. 3. cap. 14. Ciceronis, orat. pro Deiotaro, cap. 13. ac libr. 6. epistolar. ad Atticum, ep. 1. freti, singularem sensum et quidem adfirmantem verbis: *nequidem consentiente usufructuario* tribuunt; negantem autem reliqui; eo tamen modo, vt triplicem rationem adferant, quae commonerit *Vlpianum* haecce proferre, quamue imprimis curate exposuit *Gothofredus*. Quum fines descriptionis nimium transgrederer, si cuiuslibet iurisperiti sententiam exponere vellem ac trutina quadam examinare, solum moneo, me sententiae de sanitate huius loci, quam iam ante aliquot annos amplexus sum not. ad *Eckhardi kermensut.* libr. 1. cap. 2. §. 52. p. 58. inhaerere, si quoque coniectura Bynckershoeckiana, vbi semel is esset emendandus, reliquas emendationes probabilitate antecedit. Eo magis lectionem vulgatam retinendam puto, quum omnes libri manuscripti atque in his codex quoque Florentinus illam tuetur: neque minus eius integritas constat ex libris ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, libr. 16. tit. 1. immo ex totius orationis structura, si respicimus partim ad ea, quae *Vlpianus* paullo ante tradiderat: partim ad ista, quae verba nostra sine omni dubio sunt sequuta, quaeue deprehendimus in L. 17. *D. de usufr.* Haud quidem addidit iurisperitus, cur proprietario nequidem tunc, si stipatus sit consensu usufructuarii, permittere voluerit, imponere fundo fructuario servitutem; vbi vero reliqua principia, a prudentibus de usufructu adoptata, percurramus, praefecto non miramur, quid sit, quod illud quoque ipsi placuerit. Prouoco solum ad ea, quae de cautione fructuaria, a testatore haud remittenda tradiderunt. Iungamus id, quod statuerint de nullitate cessionis usufructus, tertio factae et quae sunt alia: vbi

arcend. (39, 3.) Requirit quidem iurisconsultus in proposita specie, qua usus aquae cuidam sit concedendus, ex qua aliis iam aquam ducere competit, non proprietarii solum, sed etiam usufructuarii consensum hacque ratione aduersari nobis magis; quam fauere videtur; sed, quod probe notandum est, addit rationem, *quod minuatur eorum ius.* Vbi itaque hoc non accidit, nec consensu eorum opus est. Dissentiunt ob L. 15. §. *fin.* D. de usufr. (7, 1.) I. Voetius ad dig. tit. de usufructu, num. 10. ac S. de Cocceii, iur. controu. libr. 8. tit. 1. quæst. 4. plerique tamen nostram adprobant sententiam, in quibus B. H. Reinoldum variorum, cap. 16. in opusculis, p. 125. ac modo laudatum Heislerum nominare sufficiat. Praeterea digni sunt, qui hac de re legantur: M. Nieholt a Lycklama libr. 2. membranar. p. 467. P. de Toullieu, collectan. diss. II. p. 320. ac Ch. G. Richter, de seruitute a proprietatis domino fundo fructuario imposita, Lipsiae 1689. [Glück, l. c. p. 42. Hofacker princ. iur. ciu. t. 2. §. 1095.]

§. II.

Voluptatis causa seruitus solum constitui nequit.

Quae-

vero haec ponderamus ac simul reputamus, Vlpianum quoque, prolata regula, exceptiones forsan adiecisse easque omisisse Tribonianum, quoniam maluerit illas potius adducere, quas Paullus L. 16. D. de usufructu exposuit: non opus est nobis verba haec emendatione immatura corrumpere; vel verbis sensum adfingere, qui illis omnino non est adcommodatus; sed maxime eadem contorquet. [Plura vide apud Glück, Ausführl. Erläut. d. Pand. t. 9. §. 625. p. 45. Fr. Schöman, Handb. d. Civil. R. t. 1. n. 7. p. 389.]

Quaecunque seruitus neque realis; neque personalis est, illa haud valet ex sententia L. 15. *D. de seruitut.* (8, 1.) Quum reales seruitutes praedio, cui competunt, vtilis esse debent, teste L. 20. §. *ult. de S. P. V.* (8, 2.) et L. 86. *D. de V. S.* (50, 16.) illa vero, quae solum constituta est, vt habeat quis, vbi se possit oblectare, praedii vtilitatem in altius nunquam promouet, seruitutem realem, quam voluptatis caussa quis sibi adquisiuit, nemo cogitabit. Neque vero illa ad personales esset referenda. Quemadmodum 1) praedio realis, ita personae personalis vtilis esse debet; ex eiusmodi seruitute vero voluptas quidem capitur, sed non vtilitas a voluptate longe diuersa, teste L. 3. §. 2. 3. 4. *D. de in rem verso* (15, 3.) 2) *Paulus*, L. 8. *D. de seruitut.* (8, 1.) generatim dicit: *vt pomum decerpere liceat, vt spatiari et vt coenare in alieno possimus, seruitus imponi non potest*; neque solum de seruitutibus realibus, eas nominata iura in se continere haud posse, adfirmat hancque ob rem, idem de personalibus esse statuendum, haud obscure nobis significat. Ab hac sententia ideo, quod in iure ea, quae ad voluptatem pertinent, vtilitate comprehendantur: immo ambulandi quoque caussa seruitus constituatur atque alia eiusmodi seruitutum genera memorantur L. 15. et 16. *D. de seruitut.* L. 1. §. 11. ac L. 3. *D. de aqua quotidiana ac aestiua* deflectunt *I. Cuiacius*, libr. 22. *obs. cap.* 35. *G. Noodt*, libr. 1. *probabil. cap.* 2. et *A. Wieling*, libr. 1. *lect. iur. ciuil. cap.* 17. p. 58. sed nobiscum conspirat *I. Robertus*, *sent. iur. libr.* 3. *cap.* 24. [Conf. *Zachariae*, *Lehre des röm. R. von dinglichen Servituten*, in *Hugo'nis civ. Mag. t.* 2. n. 15. et qui potissimum *Noodtii* argumenta refellit *Thibaut*, *Versuche über einzelne Theile der*

Theorie des Rechts t. I. n. I. quamvis eadem fere, ex aliis colligat rationibus. Ceterum *Paulus* atque *Pomponius* fragmentis ab autore allegatis non id docuisse videntur, nullum ius, quod ad solam voluptatem spectet, in alieno fundo posse adquiri, sed tale ius non esse servitutem realem].

§. III.

Licet vero ita haec se habeant; non tamen negamus, dominium praedii dominantis servitute constituta vti posse, ad recreandam mentem.

1) Qui servitutem itineris habet, ille quoque ambulare potest in fundo alieno, vt ex *pr. I. de servit. (2, 3.)* *L. I. pr. D. de S. P. R. (8, 3.)* patet; ambulamus autem potissimum voluptatis causa. Latiorem quidem saepius habet notionem vocabulum hocce, vt monet *Huberus praelect. ad tit. I. de servit. p. 156.* sed distinguitur in definitione itineris a τὴν *ire* ideoque nihil aliud denotat quam *spatiari animi causa.* 2) Ei, cui competit servitus tigni immittendi, permittitur in *L. 8. §. 1. D. si servit. vindicetur (8, 5.)*, tigno imponere porticum ambulatoriam. 3) In servitute aquaeductus continetur etiam ius, aquam ducendi voluptatis causa, *L. 3. pr. D. de aqua quotid. (43, 20.)* Argumenta, quibus antecedentem propositionem confirmare studui, huic opponi solent ab iis, quibus eadem displicet. Aliter sentit *G. Fornerius libr. II. select. cap. 18.* qui autem voluptatis causa servitutem constitui censent, non possunt non idem statuere, quod hoc loco tradidi. [*E. Ch. Westphal de libertate et servitutibus praediorum §. 589.*]

§. IV.

§. IV.

Vestimentorum, qua talium, vsusfructus verus est.

1) Vbi quasi vsusfructus cogitandus est, necesse est, vt res sit fungibilis, in qua constitutus sit vsusfructus. Vbi rem fungibilem dicere vis, eam ita comparatam esse oportet, vt cum eius vsu ordinario coniuncta sit illius consumptio. Sed id non reperimus in vestimentis, quae licet adtrita fiant ac deteriora longo eorum vsu; non tamen per illum, consumuntur. Nec locum itaque habet in iis quasi vsusfructus. 2) Vbi vsusfructus ita constituitur, vt proprietarius rem, finito vsufructu, sibi reddi stipuletur, ille est vsusfructus verus; sed vestimentorum vsufructum ita constitui, testis est *Pomponius*, in *L. 9. §. 3. D. vsufructuar. quemad. caveat.* (7, 9.) 3) Quicumque vsufructuarius re abuti non debet, ille habet verum vsufructum, propterea quod hoc eius sit character; sed qui vestium habet vsufructum, illis non abuti debet, ex *L. 15. §. 4. D. de vsufruct.* (7, 1.) 4) Si aedium, animalium aliarumque rerum, quae etiam obsolescunt ac longo vsu fiunt deteriores, verus est vsusfructus, vti est, teste *L. 68. §. fin. et 70. §. 3. D. eod.* *G. Noodtius*, libr. 1. de vsufructu, cap. 17. tom. 1. oper. p. 430. idem de vestimentis est statuendum. 5) Quaecumque res locari potest, illa est non fungibilis et ita comparata, vt verus vsusfructus in illa constituatur; locari vero vestimenta, videmus ex *§. 1. l. locat.* (3, 25.) Aliud partim ob *§. 2. l. de vsufructu* (2, 4.): partim ob ipsam vestium naturam statuunt *A. Vinnius*, comment. ad *§. 2. l. de vsufr.* *H. Treutlerus*, part. 1. disp. 16. thes.

16. *A. F. Riuinus system. iurisprud. polemicae*, libr. 8. thes. 141. ideoque discedunt a *R. Bachovio*, ad *Treutler. part. diff. 16. thes. 16. litt. a.* et *S. de Cocceii*, iur. controu. libr. 7. tit. 5. qu. 1. qui nostram fouent sententiam, praeter quos in decidenda hac quaestione occupati fuerunt *M. Nieholt* a *Lycklama*, membranar. libr. 1. p. 464. et *A. F. Schottus*, in opusculis, p. 164. [Cum veteres *vestium* vocabulo non ea tantum vestimenta, quae corporis amictu inseruiant, sed qualia-cunque tegumenta, vela, aulaea, tapetia, apparatus lugubrem, scenicumque denotassent, vestes in genere neque ad res fungibiles neque ad eas quae usu non consumuntur referri posse, sed naturam earum rerum quarum sit ususfructus constitutus spectandam esse videtur. Clare quoque *Vlpianus* L. 15. §. 4. *D. de usufr.* (7, 1.) vestimentorum, sicuti quantitatis, usufructum haud raro occurrere ostendit, ideoque diuersitatis inter L. 2. *I. de usufr.* et L. 15. *D. eod.* querela facile dissoluitur nec opus est, nodum dissecare, uti *Fr. Schöman*, dum *Handb. d. Civ. R. t. 1. p. 32.* autores institutionum ingenii exiguitate grauiter lapsos esse autumat. — *Cod. Nap. art. 589.*]

§. V. a.

Vsufructuarius thesaurum non sibi acquirit.

- 1) Thesaurus non refertur inter fructus; illos autem tantum capit usufructuarius.
- 2) Ille ex re non nascitur; nec cum fundo quid habet commune L. 3. §. 3. *D. de adquir. vel. om. possess.* (41, 2.)
- 3) *Vlpianus*, in L. 7. §. 12. *D. soluto matr.* (24, 3.)

3.) marito tantum tribuit dimidiam partem thesauri, qui inuenitur in fundo dotali, alteram partem autem vxori, propterea quod hoc loco, thesaurum inuentum esse a marito ideoque illius partem ei competere tanquam inuentori, supponit. Qui aliam ingrediuntur sententiam, ideo eam amplectuntur, quod vsufructuarius adquirat, quidquid ex fundo percipi possit ac metalla adquirantur fructuario. Inter fautores sententiae nostrae locum tenet *S. de Cocceii iur. controu. libr. 7. t. 1.* [*I. O. Westenberg princ. jur. c. sec. ord. D. L. 7. tit. 1. §. 30. Glück Ausf. Erläut. d. Pand. t. 9. §. 634. p. 209. Thibaut System des Pand, R. t. 2. §. 611. — Cod. Nap. art. 598.*]

§. V. b.

[Vsufructuarius metalli, aliorumque fodinas instituere potest, dummodo agriculturae nihil nocebit. Vineae quoque, arbuta et oliueta eius rei causa deicere potest, si in eo quod instituit, plus redditus sit quam in deiciendis.]

Verba sunt *Vlpiani L. 13. §. 5. D. de usufr.* (7, 1.) si lectionem communem omnium editionum sequamur. Et haec sententia regulae generali: „Fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet, meliorem facere potest, maxime conueniens esse videtur. Praedium enim est vel *voluptarium*, cuius viridaria, gestationes, deambulationes fructuarius non debet deicere vt aliud quid, quod ad redditum spectat, faciat, vel *fructuum ex eo percipiendorum causa acquisitum* cuius non solum in incultis agri partibus venas metallorum, lapidinarum aliorumque inquirere, sed vinea quoque

que arbusa et oliueta, dummodo in eo quod ipse restituit plus sit redditus deicere potest. Hac enim deiectione praedium fructuosum esse non desinit, proprietatisque causa non deterior fit. An vero agriculturae causa non ita gaudeat legum fauore, ut omnia quae eidem noceant, fructuario sint negata, dubitari poterit. Non opus est igitur emendatione ista audaci quam *G. Nooldt, de usufructu L. 1. c. 6.* attulit, nec conjectura alioquin satis sagaci, qua *Feuerbach, Civilist. Versuche t. 1. n. 4.* veram Vlpiani opinionem restituere sibi visus est. Quod optime monstrauit *Hagemester in Hugo'nis Civil. Magazin t. 3. n. 13. — Cod. Nap. art. 598.* usufructuario jus nouas metallifodinas et lapicidinas instituendi omnino negauit.]

§. VI.

Vbi de immodicis expensis, quas a proprietatis domino usufructuarius repetere potest, est sermo, sub iis eae solum sunt intelligendae, quae summam reddituum omnium, ab usufructuario perceptorum, excedunt.

1) Expensae cum fructibus ita sunt coniunctae, ut a domino non sint ferendae, nisi his tertius nullo modo locupletior est factus. 2) Quum conductor damni restitutionem petens, non vius, sed omnium annorum rationem habere debet, per quos durauit locatio *L. 8. C. (4, 55.) et c. 3. X. de locat. conduct.* idem merito adfirmamus de usufructuario. Dissentiunt ob *L. 7. §. 2. D. de usufructu (7, 1.) C. Zieglerus, de iur. maiestat. libr. 11. cap. 3. §. 37. G. A. Struuius, syntagm. iur. ciuil. exerc. 12. thes. 23. ac P. Müllerus, not. ad Stru-*

Struuium, loc. cit. [Sed autoris sententiam probant *Thibaut*, *Systèm des Pand. R. t. 2. §. 614.* *Glück*, *Ausf. Erläut. d. Pand. t. 9. §. 636 a. p. 259.* — *Cod. Nap. art. 603—609.* alia plane principia sequutus est.]

§. VII.

Tributa bellica ab usufructuario sunt solvenda, nisi sint immodica.

1) Tributa bellica esse onera realia, hancque ob causam ordinarie ab eo ferenda, qui usufructum fundi habet, non est inficiandum. Dicit 2) *Vlpianus*, *L. 7. §. 2. D. de usufructu (7, 1.)*, usufructuarium agnoscere stipendia, tributa, salaria vel alimenta; tributa autem bellica eorundem in censum cadunt. Neque minus. 3) patet idem ex *L. 27. §. 3. D. eod.*; sed solum ea intelligi, quae sunt modica, haud obscure concludimus ex eo, quod ista agnitio modicam refectionem in se suscipiendi atque ex *L. 30. §. 1. D. de leg. 3. (32, 1.)* Nobiscum conveniunt *G. A. Struuius*, *syntagm. iuris civil. ex. 12. thes. 24.* *P. Müllerus ad Struu. tom. 1. p. 760.* atque *A. Leyserus*, *spec. 106. med. 3.* [Add. *Glück*, *Ausf. Erläut. der Pand. t. 9. §. 636 a. p. 258.*] ab iisdem autem recedit *I. Garsias*, *de expensis cap. 11. num. 61.* quum usufructuario sine distinctione tributa haec imponit. Qui ei adhaerent, respiciunt ad verba *L. 7. §. 2. D. de usufructu (7, 1.)* generatim formata. [Verius videtur, tributa bellica, quae ab hoste exiguntur, omnibus ciuibus esse communia, ideoque nec a proprietario, nec ab usufructuario solo solvenda. Vide si placet quae de ea re in libello nostro:

stro:

stro: Ueber die Vertheilung der Kriegsschäden
1808, dicta sunt. — *Cod. Nap. art. 609.*]

§. VIII.

Si usufructuarius fideiussoribus cautionem praestare nequit, iudicis arbitrio in locum eius succedit cautio iuratoria.

Concludimus illud partim ex eo, quod semper in subsidium recurrendum sit ad cautionem iuratoriam; partim ad id, quod tradatur *L. 1. §. 2. D. de iure deliberandi* (28, 8); *L. 32. D. de usuris* (20, 1.) atque *authentica generaliter, C. de episcopis et clericis* (1, 3.) Opponitur huic thesi *L. 6. §. 1. C. de secundis nuptiis* (5, 9.) neque minus regula, quod, si leges cautionem fideiussoriam requirant, iuratoria non sufficiat, secundum *L. 114. §. 11. et 12. D. de legat. 1.* (30, 1.) ac *L. 2. C. de tut. vel cur. qui satis non dedit* (5, 42.) ac *L. 7. D. usufruct. quemadm. caueat.* (7, 9.) Cum nobis faciunt *A. Gailius, libr. 2. obs. cap. 47.* *A. Perez, ad cod. libr. III. tit. 33. num. 5.* ac *I. Mencke, gymnas. polem. disp. 3. thes. 13. p. 78.* [*Glück Erläut. d. Pand. t. 9. §. 657. p. 492.*] Sed aliud placet *I. Mynsingero cent. 6. obs. 48. num. 8.* atque *A. Fachinaco, libr. 8. controu. iuris civil. libr. cap. 40.* [*Cod. Nap. art. 602. 603. cautionem iuratoriam non admittit, sed sequestrationem praecipit.*]

§. IX.

Si quis rem ita donat, ut usumfructum sibi saltem reseruet, ad cautionem proprietario praestandam, non est obligatus.

1) Quum

1) Quum vnicum fundamentum cautionis, ab usufructuario praestandae, senatusconsultum est, quod cautionis iubet praestationem, atque illud de eo, qui vsumfructum solum sibi reseruauit, non loquitur, non potest ad eum quoque extendi. 2) Quicumque rem alienat, leges ipse potest definire, sub quibus ista ad alterum transire debeat, *L. 20. §. 1. D. de pact. dotal.* (23, 4.) cur non itaque sine cautione sibi reseruare ipsi licet vsumfructum? Quae alioquin legibus de necessitate cautionis sunt constituta, huic sententiae opponuntur. Dissentit *Lauterbachius*, [potius *Schütz*] in *compend. iuris*; p. 132. vna cum antiquioribus interpretibus iuris, sed reprehenditur quoque hoc nomine a *S. de Cocceii*, *iur. controu. libr. 7. tit. 9. quaest. 5.* qui non minus auctoritate *Mynsingeri*, *cent. 1. obs. 36.* *A. Gailii*, *libr. 11. obs. 145.* atque aliorum sententiam suam tuetur. Cum illis consentit *Petr. Müllerus ad Struuium*, *tom. 1. p. 794.* [*Hofacker*, *princ. iur. civ. rom. germ. t. 2. §. 1140.*]

§. X.

Si cautio usufructuaria remissa est a testatore, ad id heres haud respicere debet, sed nihilominus eam exigere potest; neque interest vtrum eam integram remiserit, an vnam vel alteram eius partem.

Quaestio de cautione, usufructuario a testatore remissa, in legibus ipsis in medium est prolata ac decisa; nihilominus tamen super ea iurisconsulti in diuersas distracti sunt partes. Duobus membris constat propositio, Prius negare non possumus ob

L. 6.

L. 6. pr. D. (38, 4.) et L. 7. C. ut in possess. legat. (6, 54.) nec non L. 1. C. de usufr. (3, 33.) posterius autem ideo adfirmamus, quod, lege non distinguente, iurisconsultum distinguere haud deceat. Priori opponitur, quod concludendum sit a maiori ad minus hoc loco, quumque testatori licuit totam rem usufructuario legare eiusque proprietate heredem priuare, ille etiam eam ipsi ita concedere potuerit, ut cautionem non exigat: 2) remissio cautionis neque physice, neque moraliter sit impossibilis, quodcunque nec physice, nec moraliter sit impossibile, illud heredi a testatore iniungi possit, quoniam testatoris voluntas pro lege sit, *L. 1. C. de SS. eccles. (1, 2.) L. 2. C. ut in poss. leg. (6, 54.)* ac 3) testator possit prohibere, ne legatarii aut fideicommissarii cautionem a herede exigant nomine legati; aut fideicommissi praestandam *L. fin. pr. D. ut legat. seu fideic. seru. caussa caueat. (36, 3.)* ideoque merito id etiam de usufructuaria cautione statuendum sit. Haec de membro priori: posterius autem non potest non displicere iis, qui inter cautionem de utendo fruendo boni viri arbitratu atque eam, quae praestatur de restituenda re distinguunt ac vel minimum huius remissionem in vero usufructu concedunt. Argumenta, quibus distinctio haec defenditur, peti solent ex eo, quod proprietarius actionem in rem, qua rem ipsam, finito usufructu vindicet, habeat, secundum *L. 3. §. vlt. L. 7. pr. ac L. vlt. D. usufructuar. quemadmod. caueat. (7, 9.)* ac eandem ob causam prohibere possit testator; quo minus legatarii; aut fideicommissarii cautionem ab herede exigant nomine legati; vel fideicommissi, *L. 1. pr. D. ut leg. nom. caueatur (36, 3.)* ac *L. pen. C. ut in possess. legat. (6, 54.)* Haec quum ita sese habeant, inter aduersarios hoc loco non

non solum omnes eos, quibus cum *G. Boenigk instit. iuris ciuil. Romano German. tit. de usufructu §. 17.* ac *F. A. Hommelio diff. de iniquitate legum romanarum remissionem cautionis usufr. testatori denegantium*, remissionem a testatore factam validam esse sine distinctione putant; sed quoque eos, qui distinguendum esse statuunt inter cautionem, videlicet *A. Vinnius, select. iuris quaest. libr. 1. cap. 29.* *R. Bachovius ad Treutler. vol. 1. disp. 16. thes. 6.* *G. Frantzkus ad tit. dig. usufr. quemadm. caueat num. 7.* *G. A. Struvius ex. 12. thes. 79.* *L. Mencke gymnas. pol. iur. disp. 3. thes. 14. p. 79.* *S. Stryck, vs. mod. dig. libr. 7. tit. 9 §. 4.* ac *S. de Cocceii iur. controu. libr. 7. tit. 9. quaest. 5.* numeramus: nobiscum autem faciunt *B. Carpzovius, part. 3. consil. 14. def. 12.* *A. Gaillius, libr. 2. obs. 145.* *I. A. P. Klipsch, diff. de remissione cautionis usufructuariae, Lips. 1756.* ac *I. I. Isler, num cautio usufructuaria a testatore remitti queat, Argentorati 1789.* [Conf. *Glück Erläut. der Pand. t. 9. §. 654. p. 476.*]

§. XI.

Proprietarius cautionem usufructuariam sine omni exceptione remittere potest; neque interest, vtrum sit verus an quasi usufructus.

Quilibet fauori suo renunciare potest. Regula haec ita in promptu est, vt nulla fere egeat probatione; clare tamen eam exhibent *L. pen. C. de pact. (2, 3.)* ac *L. 51. C. de episc. et clericis (1, 3.)* Eam si iam ad proprietarium adplicamus: non possumus quin

quin ipsi facultatem, remittendi cautionem usufructuariam concedamus, quum profecto is est, cuius in fauorem praestari debet cautio. Neque minus 2) id ex eo patet, quod non nisi, petentente proprietario, usufructuario cautio praestetur ideoque cesset, vbi iste illam haud exigit, *L. 2. §. 1. D. quod leg. (43, 3.)* ac *L. 1. §. 1. D. vt in possess. leg. (36, 4.)* Quum vtrique membro opponitur, quod contra formam legibus praescriptam sit usufructus sine cautione: contra posterius adlegatur, quod *L. 1. C. de usufructu (3, 33.)* de quasi usufructu agat ac expresse statuatur, cautionem a testatore non posse remitti: *L. 6. D. vt in possess. legat. (36, 4.)* neget, agi posse cum herede huius usufructus nomine, nisi satisdatum fuerit; satisfactio autem in quasi usufructu eius ad substantiam pertineat. Ita sentiunt *H. Donellus, libr. 10. commentariorum iuris ciuilibus, cap. 4.* *A. Fachinaeus, libr. 8. controuersiar. cap. 42.* *O. Hilliger in Donello enucleato, libr. 10. cap. 4.* *H. V. Hunnius, resolut. iuris ciuilibus, libr. 2. tract. 2. quaest. 31.* ac *S. de Cocceii, iur. controuerso, libr. 7. tit. 9. quaest. 5.* sed his aduersantur *B. Carpzouius, part. 4. const. 13. def. 12.* atque *A. Gailius, libr. 2. obs. 145.* [*Hofacker, pr. jur. ciu. t. 2. §. 1140. Thibaut System des Pand. R. t. 2. §. 619.*]

§. XII.

Usufructus rei usufructuario haud adimitur; etsi quoque eius administratione per curatoris constitutionem priuetur.

1) Certum est, vsumfructum cogitari posse sine administratione: in verbis autem ac factis interpretatio,

tatio, quae est benignior, semper praefertur. 2) Tacita prohibitio vſusfructus vel ex lege vel ex facto, quod prohibitionem in se continet, probari debet; sed neutrum hoc loco adest. 3) Non datur tacita prohibitio vſusfructus paterni ob verba clara, quae habentur in *nouella* 117. *cap.* 1. §. 2. 4) In *auth. Excipitur C. de bonis liberis* (6, 61.) clare est sancitum, vt saltem tunc cesset vſusfructus, vbi conditio, ne ad patrem vſusfructus perueniat, expresse est adiecta. A nostra sententia alieni sunt, propterea quod ei, qui alteri vſumfructum adimere potest, mentem suam declarare licet verbis aequae ac factis, *P. Heigius, part. 2. quaeſt.* 12. *D. Mollerus, libr. 2. ſemeſtr. cap.* 26. ac *Carpzovius, part. 2. conſt.* 10. *def.* 10.

§. XIII.

Vſusfructus per ceſſionem eius, extraneo factam, non finitur.

Si vſusfructus extraneo ceditur, in illum transferri nequit, propterea quod personae tantum competit: illam non egreditur hancque ob rem ad extraneum transire nullo modo potest: immo idem satis abunde §. 3. *I. de vſuſfructu* (2, 4.) ac L. 66. *D. de iure dotium* (23, 3.) docent. Neque vero istum perdit cedens. 1) Iam iure anteiustiniano, *Paulus libr. 3. ſent. tit.* 6. §. 32. solum vſumfructum finiri adfirmat ceſſione proprietatis domino facta, ac per id simul hunc effectum ceſſioni, quae fit extraneo, denegat. 2) Quum dein §. 3. *I. de vſuſfr.* (2, 4.) nihil agitur, vbi eiusmodi vſusfructus extraneo ceditur, nec ille efficere potest, vt finiatur vſusfructus. 3) Quoniam §. *dict.* imperator tantum
finiri

finiri dicit hanc servitutem; si ceditur proprietario atque hic opponitur extraneo, satis euidenter ex eo adparet, per id usufructuarium servitutem suam haud perdere. 4) Non sine causa *Pomponius*, L. 66. *D. de iure dotium* (23, 3.) ubi de usufructu, extraneo cesso est sermo, eum ad extraneum non transire; sed reuersurum esse, animaduertit, quumque itaque hoc solum de tempore futuro adfirmat, simul nos docet, id non vno eodemque tempore, ubi cessio est facta, sed tum demum accidere, ubi ille, postquam rediit ad usufructuarium, modis ordinariis, veluti morte, capitis deminutione aliisque perueniret ad proprietarium. 5) Cuiuscunque rei alienatio est nulla, illa ad eum, in quem est alienata, non transit; sed manet penes eum, qui istam alienauit. 6) Quod nullius est momenti, illud neque lucrum; neque damnum cuidam adfert, L. 25. §. pen. *D. de usufructu* (7, 1.) L. 2. *D. de pignor. act.* (13, 7.) 7) Poena priuationis locum non habet: nisi in casibus expressis, L. 14. §. 14. *D. de religiosis Nou. 11. cap. 5.* (11, 7.) Dissentiunt et quidem ob easdem leges, a nobis supra nominatas, aliter tamen explicatas; neque minus abusum, quem usufructuarius hoc modo committit atque ea, quae de vasallis aequae ac emphyteutis obtinent, *Cuiacius not. ad §. 3. I. de usufr.* (2, 4.) *H. Giphanius disput. ad instit. 2. thes. 157. num. 133.* *A. Vinnius comm. ad instit. §. 3. I. de usufructu: M. A. Galuanus, de usufructu; cap. 38.* *G. Noodtius, libr. 2. de usufr. cap. 10.* *A. D. Alteserra recitat, quotidian. tom. 2. p. 92.* *S. Cocceii iur. controuers. libr. 7. tit. 4. quaeft. 3.* *L. Mencke in gymnasio polemico iuris, disp. 3. thes. 12. p. 77.* et *A. Schultingius in iurisprud. Anteiust. p. 363.* ac nobiscum conspirant *Ev. Bronchor-*

chorstius, cent. 1. enant. 91. I. Harprechtus, ad §. 3. de usufructu: O. Giphanius ad §. fin. Inst. de usufructu ac G. A. Struuius, synt. iur. civil. libr. 7. tit. 3. §. 35. [Hofacker, princ. iur. civ. rom. germ. t. 2. §. 1125]

§. XIV.

Si testator usufructuario cautionem usufructuariam remisit, legatum usufructus per id haud vitatur.

1) Clare hoc constat ex *L. 6. D. ut in possess. eatur.* (36, 4.) Meminit *Iulianus* legati usufructus, quo simul a testatore erat cautum, ne eo nomine *satisdaretur*; tantum tamen abest, ut denegat legatario usufructum; ut permittendum ei potius censeat satisdare et usufructum pecuniae habere. Cum illo 2) belle conueniant imperatores *Seuerus* atque *Antoninus*, *L. 1. C. de usufructu* (3, 33.), quum usufructuario, cui cautio a testatore erat remissa, concedit pecuniam a debitoribus hereditariis solutam accipere, oblata secundum formam senatusconsulti cautione. Aliud statuitur, quod *L. 7. D. usufructuar. quemadmodum caueat* (7, 9.) heredis rem vindicare permittit ab usufructuario, si usufructus nomine satisdatum non fuerit; usufructus non intelligatur, nisi legitime constitutus ac quicquid contra legis praescriptum valet, illud pro infecto sit habendum, *L. 5. C. de legibus* atque ita vel minimum sentit *H. V. Hunnius, var. resolut. iuris civil. libr. 2. tract. 2. quaest. 22. p. 376.* sed ipsi contradicit *A. Vinnius select. iuris quaest. libr. 1. cap. 29.*

§. XV.

Vsusfructus, si quis eum solum pro parte exercet, per id non amittitur.

1) Vbi non vsus ita est comparatus, vt nihilominus cum eo coniunctus sit animus domini, seruitutem retinendi, hicque adpareat, ille seruitutem haud exstinguit. Sed satis abunde monstrat dominus, se continuare velle seruitutem, si illam exerceat, licet id pro parte id fiat, ideoque etiam id ei haud nocet. 2) Patet id ex *L. 9. §. 1. D. si seru. vindicet* (8, 5.) *L. 20. D. quemadmod. seruitut. amittant.* (8, 6.) Aliud statuunt ob *L. 14. et 25. D. quibus modis vsusfr. vel vsus amitt.* (7, 4.) *W. A. Lauterbachius, de vsufructu paterno, thes.* 39. et *P. Müllerus ad Stru.* [*Glück Erläut. d. Pand. t. 9. §. 641. p. 375. autoris sententiam defendit*].

§. XVI.

Ob abusum vsusfructus finitur.

1) Modum seruitutibus adiici posse tradit *L. 4. §. 1. D. de seruit.* (8, 1.) modum autem vsufructui adiici, vt salua sit substantia rei, liquet ex eius natura eademque ob causam merito quoque statuendum est, reuocari posse vsufructum ob abusum. 2) Si fructuarius a domino prohibendus vsufructu, vbi rem non reficit, sine dubio illius expers sit ob abusum: sed prius clare constat ex *L. 9. §. fin. D. de damno infecto.* (39, 2.) Qui tandem non vtitur ad modum re, cuius habet vsufructum, ille perdit vsufructum: sed prius liquet ex §. 3.

§. 3. *l. de usufructu* (2, 4.) Nobiscum faciunt *G. A. Struuius*, *syntagm. iuris ciuilis ex. 12. th. 34.* et *S. Stryckius*, *usu mod. libr. 7. tit. 4. §. 6.* sed aliud, propterea quod legibus poenam hanc usufructuario statutam esse negant *I. V. L. B. de Cramer obseruat. iuris vniuersi*, tom. 1. obs. 967. atque fratres *Overbeck der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, vol. 1. p. 256. statuunt. [Quod etiam *I. O. Westenberg princ. jur. sec. ord. Dig. l. 7. tit. 4. §. 8. Glück. Erläut. d. Pand. t. 9. §. 658. p. 492. Thibaut System des Pand. R. docent*, et ipsa verba *L. 1. §. 6. D. Vsufr. quemadm. cav. (7, 9)* confirmant. Quomodo enim stipulatio qua de non abutendo cauetur, saepius uti *Ulpianus* hac lege affirmat, committi posset, si per abusum usufructus amitteretur? — *Cod. Nap.* autem auctoris quodammodo adoptauit opinionem *art. 518.*]

§. XVII.

Finito usufructu, fructus pendentes, etsi maturi sint, ad dominum soli pertinent.

1) Generatim domino fructus tribuuntur in *L. 44. de R. V. (6, 1.)* et licet facultas illius, eos percipiendi, usufructu restringi queat: penitus tamen restituitur, ubi usufructus cessat. 2) Si fructus pendentes tamdiu, etiam durante usufructu, in dominio proprietarii existunt quamdiu separatio eorum haud est facta, necesse quoque est, ut domino solum tribuantur, ubi fructus, quum usufructus finitur, pendent, neque antea eorum separatio facta ab usufructuario; sed prius constat ex *L. 12. §. ult. D. de usufructu (7, 1)* 3) Spica,

quae terra tenetur, domino fundi, fructuarii vero heredi stipula, quae in messe iacet, adsignatur, *L. 13. D. quib. mod. usufruct. (7, 4.)* 4) Clare tandem tradit id *Caius L. 8. D. de ann. leg. (33, 1.)* ac *Iustinianus §. 36. I. de rer. diuis. (2, 1.)* Adprobat hanc sententiam *W. A. Lauterbachius coll. theor. practic. libr. 7. tit. 4. B. Carpzovius, part. 1. const. 6. def. 21. H. Hahnus ad Wesenbecium, tom. 1. libr. 7. tit. 4. p. 676.* Aliter ob *L. 26. D. de usufructu (7, 1.): L. 5. §. ult. D. si usufructus petatur (7, 6.)* ac *L. 32. §. 8. D. de usufructu leg. (32, 2.)* sentiunt: *I. Cuiacius libr. 24. obs. cap. 21. ac Io. Borcholten ad §. 36. I. de rer. diuis. (2, 1.)* [Sed cfr. *Glück, Erläut. d. Pand. t. 9. §. 637. c. p. 329. sq. Hofacker, princ. iur. civ. t. 2. §. 1127.*]

§. XVIII.

Non per solam ultimam voluntatem, sed per actum quoque inter viuos constituitur quasi usufructus.

1) Quodcunque solum constituendum est, illud etiam constitui posse actu inter viuos, nemo negabit, qui paullo curatius latam vim ac notionem vocabuli *constituere* ponderat; quasi usufructum autem constitui, scribit imperator §. 2. *I. de usufructu (2, 4.)* 2) Quod mihi licet ultima voluntate constituere, id peragere quoque ordinarie possum actu inter viuos. Aduersarii argumenta sua petunt ex *L. 69. D. ad L. Falcidiam (35, 2.)* ac ex causa, quae senatum hoc de usufructu satis illud notum senatusconsultum condere commouit et disputant nihilominus hac de quaestione acriter *S. Gentilis*
ad

ad tit. cod. de bonis matern. iurisconsulti Argentoratenses, colleg. Argentor. libr. 7. tit. 5. et P. Müllerus, ad Stru. exerc. 12. §. 38. tom. 1. p. 771. qui nostras in partes discesserunt, cum istis, Hug. nimirum Donello comm. iuris ciuil. libr. 10 cap. 4. Fr. Connano, libr. 4. commentar. cap. 4. M. A. Galuano, tract. de usufructu, cap. 19. et H. Treutlero, vol. 1. disp. 16. thes. 2. [Plura videre licet apud Glück, Erläut. d. Pand. t. 9. §. 645. p. 410.]

§. XIX.

Rerum fungibilium vsusfructus, inter vivos constitutus, a mutuo differt.

1) Mutuum quouis tempore repeti potest: illud fieri nequit in usufructu, sed exspectanda his ordinarie est mors usufructuarii. 2) Cum mutuo, quae tali, securitas non est coniuncta, quae praestatur creditori; sed illam nanciscitur proprietarius per cautionem, quam usufructuarius constituere debet. 3) Mutuum quidem sua natura est gratuitum, ita, ut usurae ex eo peti nequeant, nisi adsit mora, vel pactum; illas tamen admittit mutuum, ubi illas creditor sibi sit stipulatus; sed hae cogitari nequeunt hoc in usufructu, *L. 3. D. de usufructu ear. rer. quae usu consumunt. (7, 5.)* 4) Mutuum continuari potest etiam ab eo, qui est deportatus, propterea quod, quae sunt iuris gentium, retineat deportatus, *L. 17. §. 1. in fin. D. de poenis (48, 19.)*, uti observat contra *Callistratum*, *L. 5. D. de extraord. cognit. (50, 13.)* *I. Cuiacius*, libr. 3. observat. iur. cap. 10. sed hoc non potuit locum habere in usufructu, quoniam ille capitis deminutione

tione media amittitur, haecque iam per deportationem fit. 5) Vfusfructus exstinguitur morte vsufructuarii, minime autem mutuum. Ob similitudinem inter mutuum atque vsumfructum memoratum illum nihil aliud esse; quam mutuum, pronunciarunt *M. Wesenbecius*, ad tit. *D. de vsufruct. ear. rer.* (7, 5.) ac *G. Ludwellus*, ad pr. *I. de vsufr. num.* 3. (2, 4.) sed ille hoc nomine notatur a *H. Hahnio*, ad *Wesenbec. loc. cit.* [Quibus differat modis vsusfructus rerum quae vfu consumuntur a mutuo, praeter *I. I. Wissenbach*, *Exercit. ad Pand. disput.* 19. §. 23. etiam *I. O. Westenberg*, *princ. jur. §. o. Dig. L. 7. tit. 5. §. 7.* ostendit. Conf. *Glück*, *Erläut. der Pand.* t. 9. §. 645. pag. 413. — *Pandectes françaises* t. 5. p. 230.]

§. XX.

Cautio vsufructuaria inter substantialia quasi vsusfructus referri nequit.

1) Quodcunque ad substantialia vsusfructus pertinet, illud remitti haud potest, salvo vsufructu, quum hoc si fiat, ille non maneret vsusfructus; sed remitti certo modo potest cautio et nihilominus vsusfructus omnes procreat effectus, quos alioquin procreare solet. Si cautio 2) eiusmodi inter substantialia esset referenda, haud ipsis legibus, vsufructuario nonnunquam immunitas ab vsufructuario concedi posset; illud autem fit patri vsumfructum in bonis filiorum familias aduentitiis habenti, *L. 8. §. 4. C. de bonis, quae liber.* (6, 61.) fisco, secundum *L. 1. §. 18. D. ut legatorum; siue fideicom.* (36, 3.) vsufructuario, cui proprietas in diem certum

certum relictum, *L. 2. in fin. D. de fundo dot. (23, 5.)* atque ei, qui rem alteri ita donauit, vt sibi reser-
uaret vsumfructum, *L. 62. D. de aedilitio edicto*
(21, 1.) Qui contrariam fouent sententiam, ad
illam amplectendam commouentur per ea, quae de
remissione cautionis, a testatore facta, aequae ac de
cautione, in quasi vusufructu facienda, legibus sunt
sancita; neque solum inter illos numeramus *I. Schilterum praxi iuris Romani ex. 17. A. Gailium, libr. 2. obs. 46. H. Donellum, libr. 10. comment. iuris civil. cap. 4.* sed quoque eos, qui
cautionem loco proprietatis esse, quasi in vusufructu,
adfirmant cum *G. Noodtio, libr. 1. de vusufructu cap. 9. ac I. G. Schaumburgio, compend. digestor. libr. 7. tit. 5. §. 2.* veritatem autem
huius propositionis perspiciunt *S. de Cocceii, iur. controuers. libr. 7. tit. 5. quaest. 2. p. 521. ac I. A. Ph. Klipschius, de remissione cautionis usufructuariae, Lips. 1756. §. 15.* quibus *I. Harprechtus ad §. 2. I. de vusufructu: A. Fachinaeus, libr. 8. controu. cap. 43. A. Vinnius, comm. ad instit. libr. 2. tit. 4. num. 2. et selectar. quaestion. libr. 1. cap. 29. ac Lauterbachius, loc. laudat. sunt iungendi. [Hofacker princ. iur. ciu. t. 2. §. 1140. Glück l. c. t. 9. §. 645. p. 416. ibique citati.]*

§. XXI.

Si quis heredi instituto quosdam substituit,
illi tamen omnium bonorum reliquit ad dies
vitae vsumfructum, cautionem remittere ei
potest usufructuariam.

Cautionem, quam expectare potest fideicommissarius

farius a herede fiduciario, remittere potest testator, quemadmodum clare constat ex *L. 1. pr. D. ut in possessionem legatorum* (36, 4.); cautio autem, quam hoc casu remittit testator, est fideicommissaria, propterea quod heredis institutio tali modo facta reuera est fideicommissaria. Placet id *Z. Hubero quaest. for. de casibus enucleat. quaest. 9. cap. II. §. II.* et *D. G. Struben, in den rechtlichen Bedenken, tom. 2. p. 315.* aliam vero ob remissionem cautionis usufructuariae interdictam fouent sententiam *I. Voetius, ad tit. Dig. de usufructu, §. 12.* et *Ch. Thomajius, ad Huber. tit. de hered. institut. §. 10.*

§. XXII.

Quodcumque praedium est aedificium, illud est praedium urbanum; quodcumque vero aedificiis vacuum, praedium vocatur rusticum.

1) Notionem praediorum, quam hac ratione nobis formamus, recte sese habere, patet ex §. 1. *I. de seruitut. (2, 3.)* qua imperator clare dicit, omnia aedificia adpellari praedia urbana: immo iurisconsultus in *L. 1. D. comm. praed. (8, 4.)* usque eo progreditur, ut nequidem ea aedificia excludenda esse statuatur, quae in villa sunt aedificata. Neque minus id constat 2) ex *L. 3. D. de seruitut. (8, 1.)* qua seruitutes praediorum alias in solo, alias in superficie consistere traditur, et sub his urbanae, sub illis autem rusticae intelliguntur. Tandem 3) ex natura seruitutum, quae in rusticorum praediorum earumque, quae in urbanorum scribuntur censum, clare videmus, quum omnis seruitus tigni immittendi, oneris ferendi, proiciendi, sine discri-

discrimine est seruitus urbana, quamuis ea de quovis aedificiorum genere sit intelligenda. Haec sunt argumenta *V. C. I. Ch. Kochii*, diss. *de praedio urbano et rustico*, Ienae 1757. quibus sententiam hanc, ab *A. Vinnio*, libr. 1. *quaest. iur. select. cap. 30.* et *comm. ad instit. libr. 2. tit. 3.* *G. Noo d-tio*, *comment. ad pand. libr. 8. tit. 3.* *R. Bachouio* in *comm. ad inst. libr. 2. tit. 3.* adprobata tuetur; contrariam autem in sententiam ob *L. 2. D. de seruit. praed. rust. (8, 3.)* secundum quam seruitus est rustica, licere altius tollere et officere praetorio vicini; siue aedificio, quo villae dominus, quando ruri est, habitat, porro ob *L. 4. §. 1. et 7. D. in quibus causis (20, 2.): L. 198. D. de V. S. (50, 16.)* ac *L. 1. D. de rebus eorum, qui sub tut. (27, 9.)* discedunt *I. G. Schaumburgius compend. digest. libr. 8. tit. 1. p. 212.* *W. A. Lauterbachius coll. theor. practic. tom. 1. libr. 8. tit. 1. p. 642.* cum aliis.

§. XXIII.

In seruitute oneris ferendi dominus praedii seruiantis refectionem pacto suscipere potest, ipsa vero seruitus eam haud continet.

Prius in dubium haud vocabitur, quum id aperte iubent *L. 33. D. de S. P. V. (8, 2.) L. 6. §. 2. et L. 8. D. si seruitus vindicetur (8, 5.)*; sed eadem ratione clarum facere possumus posterius huius propositionis membrum, videlicet ipsam seruitutem clare haud posse domino ius, ab altero refectionem parietis postulandi. 1) Constans erat regula, seruitutem in faciendo haud consistere *L. 15. §. 1. D.*
de

de seruitutibus (8, 1.) *L. 6. §. 2. D. si seruitus vindicetur* (8, 5.) 2) Ex hoc principio aliis de seruitutibus colligunt iurisconsulti, in illis dominis seruitutum incumbere refectionem. Non solum id discimus ex *L. 11. D. commun. praed.* (8, 4.) sed quoque ex eo, quod qui tigni immittendi habet seruitutem, ille etiam parietem reficere debet, obseruante *L. 8. §. 2. D. si seruitus vindicetur* (8, 5.) Neque aliud dicendum est de eo, cui debetur seruitus itineris. Eum debere, si ire nequeat fodiendo, substruendo id facere, videmus ex *L. 10. D. de seruitutibus* (8, 1.) Eandemque ob rem tradunt iurisconsulti, dominum seruitutis actione confessoria uti posse aduersus eum, qui impediat, quo minus reficere possit praedium, *L. 4. §. 5. D. si seruitus vindicetur* (8, 5.) Caue vero existimes, seruitutem oneris ferendi a reliquis esse excipendam. Non exstat lex, quae obligationem reficiendi, cum seruitute oneris coniunctam esse generatim dicit. In *L. 33. D. de S. P. V.* (8, 2.) eo de casu est sermo, in quo inter partes conuenit, *parietem, ut nunc sit, ita esse* et *L. 6. §. 2. D. si seruitus vindicetur* (8, 5.) eadem ratione singulari de specie loquitur. Dissentiunt ob memoratam *L. 33. §. 1. D. de S. P. V.* *G. A. Struuius*, syntagm. iur. ciu. exerc. 13. thes. 9. *W. A. Lauterbachius*, coll. theor. pract. libr. 8. tit. 2. p. 642. *S. Stryckius*, vs. mod. *D. de seruit. praed. rust.* §. 3. *G. Noodtius*, tom. 2. oper. p. 214. *S. Cocceius* iur. controu. libr. 8. tit. 1. quæst. 2. auctor theatr. seruitutum, tit. 5. §. 2. p. 126. *I. T. Richter*, de domino seruiente, ad praedii resect. obligat. Lips. 1753. atque *E. Ch. Westphal* de libertate et seruit. praedior. sect. 13. cap. 19. p. 380. [Idem statuunt

statuunt *Hofacker princ. jur. civ. t. 2. §. 1087.*
et Zachariae, Lehre des röm. R. von dingl.
Servituten in Hugo'nis Civ. Mag. t. 2. p. 340.
 Sed auctoris sententiam defendunt *Fr. Connanus,*
Comment. jur. civ. L. 4. cap. 7. Glück Erläut.
der Pand. t. 10. §. 661. p. 16. Thibaut System
des Pand. R. t. 2. §. 607.]

§. XXIV.

Servitus altius tollendi domino praedii dominantis facultatem a vicino, ut aedes suas altius aedificet, petendi haud tribuit. Neque ei ius, vicini lumina obscurandi dat; nec in eo consistit, quod qui illam habet, alterius aedibus quidquam imponere possit.

Quod ad primam pertinet sententiam, 1) servitus in faciendo consistens, haud valet. Ad faciendum quid obligatus esset dominus praedii servientis, cui necessitas imposita esset, aedes suas altius tollendi. 2) Necesse est, ut utilis sit praedio dominanti, quemadmodum alibi est monstratum, eiusmodi servitus non utilis foret domino servitutis. 3) Servitutem nostram tantum permittere, non autem iubere altius aedes tollere, ex *L. 2. D. de S. P. V.* (8, 2.) clare patet. Quum, qui eam fouent: ad *L. 17. §. 1. D. ac 33. D. de S. P. V.* prouocant: eadem ratione secundam opinionem amplecti haud possumus, quum quod naturali ex libertate nobis licet, per servitutem adquirere haud possumus; quilibet autem vicini aedes obscurare potest. Constat id non solum ex eo, quod vicinus, qui id impedire vult, ab altero servitutem, ne luminibus officia-

officiatur, stipulari debeat; sed etiam ex L. 9. *D. de S. P. V.* qua negatur, cum eo, qui tollendo obscurat alterius aedes quibus non seruiat, *esse actionem*. Quoniam denique distinguitur ius a seruitute oneris ferendi atque is, cuius aedibus alter quidquam imponit, eius onus reuera fert, neque in eo consistere altius tollendi seruitutem, rite statuimus. Dissentiunt *B. Caepolla de seruitut. cap. 26. num. 17. I. Schneidewin, ad §. 1. I. de seruit. num. 17. I. Schilterus, exerc. 18. §. 12. B. Carpzouius, part. II. const. 41. def. 13. A. A. Pagenstecherus, in not. ad Lauterbachium, manip. 3. p. 70. I. Voetius, comm. ad dig. de seruitut. §. 5. ac R. C., L. B. de Senckenberg meditat. iuridico historicar. spec. I. p. 1. sqq.* sed refutant eos hoc nomine *I. Corasius, miscell. iur. ciuil. libr. 3. cap. 25. p. 258. et I. H. Ch. de Selchov, diss. de seruitute altius tollendi, cap. 2. §. 45. sqq.* quae in eius *electis iuris Germanorum publicis et priuatis, p. 1. sqq.* exstat. [*Glück Erläut. der Pand. t. 10. p. 669. p. 77.*]

§. XXV.

Requirit potius memorata seruitus legem, altitudinem aedium in ciuitate vicinorum causa definientem. Ei si renunciat vicinus alterique, altius aedificandi, dat libertatem, tunc locum habet seruitus altius tollendi.

Id ex eo patet, quod 1) vbi nulla adest lex, vsque ad coelum aedes tollere liceat L. 1. *D. de S. P. V.* (8, 2.) L. 8. *C. de seruit.* (3, 34.) 2) Seruitus

vitus altius tollendi nihilominus domino seruitutis
 det facultatem altius aedificandi, L. 2. *D. de S.*
P. V. (8, 2.) §. 2. *I. de act.* (4, 6.) atque 3) eo
 accedit, Romae tales leges, altitudinem aedificio-
 rum terminis circumscribentes, non incognitas
 fuisse, vti monstrat *B. Brisson* libr. 1. *sel. antiqu.*
cap. 1. et *I. G. Estor de altitudine aedium Roma-*
nar. Lipsiae 1736. Cum illo consentiunt *S. de*
Cocceii iur. controu. libr. 8. tit. 2. qu. 2. *G. A.*
Struuius, eiusque interpretes, *P. Müllerus*,
synt. iur. ciu. ex. 13. thes. 12. tom. 1. p. 801. *E.*
Ch. Westphal de libertate et seruitut. praed.
sect. 3. cap. 19. p. 391. *I. H. Ch. de Selchov*,
loc. memorat. ac plerique iurisconsulti, verum ta-
 men praeter eos, qui vnam vel alteram coniectu-
 ram supra prolatarum defendunt, quosue iam no-
 minauimus, aliter sentiunt: *A. Faber*, libr. 19.
coniect. cap. 15. *O. Hilligerus*, in *Donell.*
enucl. libr. 11. cap. 5. *M. Lycklama a Nye-*
holt membranar. libr. 7. eclog. 28. p. 266. et qui
 eum sequutus est, *A. Leyserus*, *spec. 462.* cum
 aliis. Praeter eos hac de seruitute disseruerunt:
A. Faber, libr. 19. *coniect. cap. 16.* *G. L.*
Mencke, non dari seruitutem altius tollendi,
Viteb. 1724. *C. L. Crell*, de seruitute altius
 tollendi, in *vsucap. libertatis consistente*, *Viteb.*
1733. *G. Straussius*, de seruitute altius tollen-
 di, *Lips. 1662.* [Conf. *Hofacker*, *princ. iur.*
civ. t. 2. §. 1090. et *Glück*, *Erläut. der Pand.*
t. 10. §. 669.]

§. XXVI.

Versus vicini aream domino in pariete suo fenestras aperire licet, nisi aliud statuto, vel pactis est introductum.

1) Dominum in fundo suo omnia arbitrio suo facere posse, regula est. 2) Qui fenestras versus vicini aream aperit, per id nondum quid in eam immittit. Videmus hoc ex eo, quod versus loca publica et religiosa fenestras aperire licitum; in ea autem immittere quid, sit vetitum, L. 2. §. 20. *D. ne quid in loco publ.* (43, 8) nec adsentimur veteri philosopho apud *Cuiacium*, libr. I. *obs. cap.* 31. qui nihil interesse credidit, vtrum oculi; an pedes alienam in domum immittantur. 3) Requirit *Paulus* L. 40. *D. de S. P. V.* (3, 2.) tantum de iis, qui fenestras facere volunt in communi pariete, eos debere habere ius immittendi lumina ac per id tacite declarat, illud non opus esse iis, qui propriis in parietibus lumina aperiant. Male itaque hunc locum conuertit *Const. Harmenopulus*, libr. 2. *epitom tit.* 4. *num.* 41. Dissentiunt nostraeque sententiae opponunt, quod nemo quis debeat alteri facere iniuriam ac si libertas naturalis alicui facultatem concederet, fenestras aperiendi, non opus sit servitute, cuius mentio fieret L. 4. 15. ac 16. *D. de servitut. praed. urbanor.* (8, 2.) ac simul ad L. 40. *D. de S. P. V. eod.* ac L. 8. *C. de servitut. et aqua* (3, 34.) provocant *I. Cuiacius*, libr. II. *obs. cap.* 31. *Fr. Duarenus* libr. I. *disp. cap.* 33. *Fr. Hottomannus*, libr. 2. *amic. respons. cap.* 31. sed nobiscum faciunt *B. Carpzov.* lib. II. *const.* 41. *def.*

def. 12. G. A. Struuius de aedific. priuat. thes.
 32. *Ch. L. Leucht, de iure fenestrar. cap. II.*
 §. 8. *sqq. p. 15. I. B. Wernher, part. 10. obs.*
 500. *F. E. Pufendorfius, tom. I. obs. 196.*
 et *F. A. Hommelius, rhaps. obs. 33.* [— Ius
 nouissimum Gallicanum hanc libertatem variis
 restrinxit limitibus *Cod. Nap. art. 676, sqq.*]

§. XXVII.

Eti actus non solo iure agendi iumen-
 tum absoluator, sed ius quoque comprehen-
 dat agendi vehiculum; ea tamen illius est na-
 tura, vt non omnia vehiculorum genera eius
 dominus in praedio seruiente ducere possit, sed
 leuiora saltem sint adhibenda atque reliquis ei
 tantum vti permissum sit, qui habet seruitu-
 tem viae.

Duobus membris, aequae controuersis, constat
 haec propositio. Quod ad prius attinet, constat
 hoc ex *Ulpiano. L. 1. D. seruit. praed. rusti-*
cor. (8, 3.) Iustiniano, pr. l. de seruit. (2, 3.)
ac Theophilo paraphr. institut. tom. I. p. 265.
ed. Reitzii: neque vero minus posterius extra
 omnem dubitationem est positum. Concludimus
 hoc partim ex *Paullo, L. 7. D. de S. P. R.*
(8, 3.) vbi solum ei, cui competit actus, plau-
 strum ducere permittit; partim ex discrimine spa-
 tiorum, quae ad actum aequae ac viam requirun-
 tur, testibus *Festio, voc. actus: Isidoro libr. 16.*
orig. cap. vlt. (8, 1.) Caio, L. 8. D. seruitut
 ac

ac *Iauoleno* L. 10. *D. h. 8.* merito tamen movemus, iurisconsultos haud hac in re consentire. Licet plerique doctores in priori membro propositionis nobiscum consentiant, idque, quod tradidi, imprimis exposuerit *A. F. Schottus*, de *vero actus et via discrimine*, in eius *opusculis*, p. 231. omnes ii, qui lectionem L. 1. *D. de servit. praed. rusticorum* (8, 3.) cum *Fr. Hottomanno* libr. 2. *obs. cap. 7.* et *A. Menagio*, *amoenitat. iuris civil. cap. 36.* improbant, secundum eam lectionem, quam sibi fingunt *), dissentiunt. Eadem ratione

*) Mirum est, quodnam tempus iurisconsulti critici consumserint in emendanda L. 1. *D. de S. P. R.* (8, 3.) Referenda est sine omni dubio ea inter pauca loca, quibus librarii illi, qui codicem descripserunt Florentinum, peccarunt, quum verba sequentia: *nam et iter et actum et se via continet*, ut ibi exhibentur, reuera sensum haud habent; vel minimum loquendi rationi non sunt adcommodata. Notata eo nomine iam sunt a *Th. Marcilio*, *interpretament. legis 12. tabular. cap. 52. tom. 4. thes. iuris Romani E. Ottonis*, p. 274. Omnino hoc quoque attentionem *L. Taurelli* excitavit, qui in margine notavit loco, et potius legendum esse in. Conspirat cum ipso *C. van Bynkershoek*, *observat. iuris Romani, libr. 4. cap. 7.* atque observat, ita lectionem quoque in libro manu exarato, quem possedit, deprehendi: immo statim quoque adparet ex *pr. l. de servitut. (2, 3.)* quod eadem verba *Iuliani* ita profert: *via est ius eundi, et agendi et ambulandi, nam et iter et actum via in se continet.* Verum enim vero hac in re haud adquiescunt prudentes. Quoniam via, secundum ea, quae de illa in memorata lege traduntur, nihil aliud amplius continere videatur; quam quod iam in actu deprehenditur, ubi *Ulpianus* ait: *via est ius eundi,*

ratione in altera quaestione, quam in medium protulimus, *A. Faber, libr. 1. coniectur. cap. ult. Th.*

eundi, et agendi et ambulandi: Fr. Connanus primus fuit, qui *com. iuris ciuil. libr. 4. cap. 2.* in locum *eundi* substitueret *vehundi* hocque nomine ad auctoritatem veteris prouocaret libri. Sequutus eum est *Hugo Donellus, com. iuris ciuil. libr. 11. cap. 6.* *Hugo Grotius* *florum spars. ad pr. instit. de S. P. R.* neque minus hanc emendationem probat *Bynckershoekius loc. mem.* *A. autem F. Schottius* illam prorsus loco supra excitato reiicit ac simul ad auctoritatem *Bachouii, Lycklamae, Vinnii, Menagii* ac *Noodtii*, idem sentientium prouocat. Tandem *Fr. Hottomannus* non minus quidquam conferre studuit ad emendationem eiusdem legis. Si ea sequimur, quae hac de re tradunt *R. Bachouius, ad Treutler. disputat. vol. 1. p. 605.* ac *comm. ad instit. tit. de seruit. rust. et urb. praed. §. 2.* *A. Menagius, amoen. iuris ciuil. cap. 36.* *C. van Bynckershoek obseru. iuris Rom. libr. 4. cap. 7.* ac *S. R. lauchius, de negat. pandectar. cap. 14. p. 204.* usque eo processit audacia *Hottomanni*, vt definitionem actus, quae hac in lege contineatur, ita formatam esse putet: *actus est ius agendi; vel iumentum; vel vehiculum;* sed hoc haud concedere vult *Schottus* atque iniuriam manibus *Hottomanni* fieri putat, ab iis, qui ipsi hanc adfingunt coniecturam; extra tamen dubitationem est positum, eundem in locum *iumentum libr. 2. obs. iuris Rom. cap. 7.* ac *comm. ad instit. tit. de seruitut. praed. rusticor. et urbanor.* substituisse armenta ac delendam quoque censuisse in distinctione viae voculam *ambulandi* ea ratione, vt in locum illius substitueret *vehendi*. Neutra harum coniecturarum multis placuit; neque mihi placet quumque differentia inter viam aequae ac actum, mea quidem ex sententia, satis euidenter ideo indicatur, quod in eius definitione iuris vehendi genera-

Th. Marcilius not. ad princip. institut. de servit. p. 186. ed. *I. van de Water, Fr. Connanus, commentar. iur. civil. libr. 4. cap. 2.* atque *A. Vinnius, commentar. ad instit. p. 227.* a nobis prorsus dissident. Quum argumenta, quibus coniecturam suam muniunt, partim ex *pr. I. de servit. (2, 3.)* partim ex *L. 4. D. de servit. (8, 1.)* ac ex *L. II. pr. D. quemadm. servit. amittantur (8, 6.)* capiunt, reliquos idem statuere, quod protulimus; ea tamen ratione, ut inter ipsos haud conveniat, quatenam genera curruum pertineant ad actum, certum est. Breuitatis causa lectores ablegamus ad *I. Robertum, sent. iur. libr. 4. cap. 5.* *C. van Bynckershoek libr. 4. obs. iur. civil. cap. 7.* *P. de Toullieu, observat. cap. 1. p. 8.* *I. D. Ritterum de differ. itineris, actus et viae tom. 2. editionis Theophili Reitzianae, p. 1226.* *A. F. Schottum, loc. citat. E. Ch. Westphalium loc. memor. et ea, quae diss. de actu minus pleno, Ienae 1759. disseruimus. [Glück, Erläut. der Pand. t. 10. §. 674. p. 137.]*

§. XXVIII.

Praescriptio servitutum adquisitiva iustum requirit titulum.

Colli-

tim mentio fiat; quid autem vehatur in actu, definiatur huius in descriptione ac sine ratione gravissima emendatio legis haud sit concedenda, merito in verbis legis nostrae, quae codice Florentino exhibentur, adquiescimus; ubi vero ad omnes has coniecturas haud respicere possumus, merito quoque ea lex ad firmandum prius membrum propositionis nostrae omnino inseruit.

Colligimus illud merito partim ex L. 12. *C. de praescript.* (7, 33.) partim ex L. 2. *C. de seruitut.* (3, 34) quae ea, quae alia de adquisitiua cautae sunt seruitute, ad istam quoque adplicanda esse censet. Qui aliud statuunt, inprimis prouocant ad L. 10. *D. si seruitus vindicetur* (8, 5.), vbi necesse esse negatur de iure, si quis diuturno vsu et longa possessione aquae ducendae ius nactus sit, ac cum illa coniungunt L. 1. *in fin. D. de aqua plu. arcenda* (39, 3.) ac L. 2. *C. de seruitut.* (3, 34.) nec non L. 14. *D. de seruit.* (8, 1.) In his sunt *H. Hahnus* ad *Wesenbergium*, *tit. dig. de seruitut.* §. 5. *I. E. I. Müllerus*, *observat. ad Leyser.* vol. 1. fasc. 1. p. 302. atque fratres *Ouerbeck*, *Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien*, vol. 1. fasc. 2. p. 302. sed nos sequimur castra *I. B. Wernheri* part. 3. obs. 73. *I. V. L. B. de Cramer*, in *den Wezlarischen Nebenstunden*, tom. 12. num. 3. *A. Leyser*, *spec.* 90. med. 4. [Conf. *Glück*, *Erläut. der Pand.* t. 9. §. 629. p. 140. *C. W. Walch* de *praescr. seruitutum constitutiua*, *Ien.* 1797.]

§. XXIX.

Quemadmodum discontinuae aequae ac continuuae seruitutes praescriptione adquiri possunt; ita ad neutrum earum genus acquirendum immemorialis requiritur, sed ad discontinuas quoque longi temporis praescriptio sufficit.

Prius quum nemo iurisconsultorum adhuc in du-
P 2
bium

bium vocavit: id, quod de servitute discontinua statuo, siue membrum posterius, clare 1) constat ex L. 10. *pr. D. si servit. vindicetur* (8, 5.) Ibi est sermo de iure, aquae ducendae, quae est discontinua: claris autem verbis tradit, eam diuturno usu et longa quasi possessione adquiri posse. 2) Quaecunque servitutes a praescriptione ordinaria haud excluduntur, illae hac adquiruntur, propterea quod iurisconsultum haud distinguere decet, ubi lex non distinguit; iure autem excludi servitutes tales a praescriptione ordinaria, merito negatur. 3) Vbi perpetua servitutis causa, ibi locum habet praescriptio ordinaria: illa autem etiam locum habet in praescriptione discontinua. Qui immemoriam requirunt praescriptionem, ideoque contrariam fouent sententiam, argumenta sua petunt partim ex aequitate; partim ex L. 14. *pr. D. de servitut.* (8, 1.) L. 1. §. 23. L. 2. *D. de aqua et aqua pluvia arcenda* (39, 3.) ac L. 3. §. 4. *D. de aqua quotidiana et aestiua* (43, 20.) Inprimis controuersa haec fuit propositio. Antiquiores immemoriam, fere omni delectu remoto [praecedente glossa in L. 2. *C. de serv. vers. quae si i*] requirebant. *P. Caepolla, de servitut. cap. 1. A. Gailius, libr. 11. obs. 66. D. Couarruias, libr. 1. var. resolut. cap. 17. I. Mynsinger, cent. 4. obs. 53. A. Ockel de praescript. immemoriali, cap. 6. §. 4. et 5. atque E. Cotmanus, vol. 4. resp. 1.* Iis ex recentioribus accesserunt *S. Stryck, tract. de act. sect. 3. membr. 2. act. 1. I. V. L. B. de Cramer, in denen Wezlarischen Nebenstunden, part. 14. num. 3. ac L. H. L. G. de Cannegieser decis. summi prouocat. senatus Casselani, tom. 1. decis. 9.* Tuetur quoque

quoque sententiam hanc summum imperii, quod Wetzlariae floret, tribunal, obseruante *Cramero*; nihilo tamen minus magna iurisconsultorum cobors nostrae fauet sententiae, in quibus *H. Donellum*, libr. II. comm. cap. II. *A. Vinnium*, libr. I. sel. quæsti. cap. 31. *F. E. Pufendorfium*, obs. iuris vniu. tom. I. p. 67. T. II. 435. *D. G. Struben*, in den rechtlichen Bedencken, Theil 2. p. 22. *I. B. Wernherum*, part. II. obs. 245. *I. Rave*, princ. doctr. de præscript. §. 21. ac *F. Behmerum*, iur. controu. tom. I. p. 190 nominasse sufficiat. [Add. *Hofacker*, pr. jur. civ. t. 2. §. 1102. *Thibaut*, System d. Pand. R. t. 2. §. 1031. *C. IV. Walch* de præscript. seruit. constitutiva §. 28. *Glück*, Erläut. der Pand. t. 9. §. 629. p. 148.]

§. XXX.

Seruitutes, omni delectu a discrimine remoto, solo non vsu pereunt.

1) Iustinianus L. 13. C. de seruitut. et aqua (3, 34.) tam de seruitutibus personalibus, quam de realibus tradit eas non vsu perire et solum aliud temporis spatium definit, per quod non vsus durare debuit, vbi producere possit interitum seruitutum hocque 2) L. 14. C. eiusd. tit. repetit Qui distinguunt inter seruitutes simplices et qualificatas, re vera idem, aliis tamen proferant verbis, propterea quod, quam diu opus ad exercitium seruitutis manu factum nondum est destructum; vsus illius continuatur, neque non vsus incipit; mihi vero omnes ii errare videntur, qui vsucapionem libertatis præsertim ad extinctionem seruitutis realis,

iustum

iustum titulum bonamque requirunt fidem. Pro-
 vocant eamdem ob causam L. 6. et 7. D. *de S. P.*
V. (8, 2.) ac L. 8. §. 2. D. *de S. P. R.* (8, 3.) has-
 que recentiori tempore abrogatas esse negant: im-
 mo usufructum in omnibus servitutibus L. 13.
C. de servitut. et aqua introductam esse opinantur.
 Inter hos aduersarios iurisconsultos referimus ma-
 gni nominis, videlicet *I. Cuiacium*, libri 27.
observationum. cap. 14. *M. A. Galuanum de*
usufructu, cap. 41. num. 5. *E. Ottonem, diff.*
de usufructu servitut. cap. 1. §. 13. *E. Ch. West-*
phalium, de libertate et servitut. praediorum,
sect. 3. cap. 30. §. 902. *A. Leyserum, spec. 110.*
med. 3. ac *Fr. E. Puffendorfium, obs. iuris*
uniuersi, tom III. obs. 188. Nostram quum com-
 munis doctorum tradit schola, eorum mentione
 merito supersedeo ac solum addo, illam haud ita
 pridem *A. A. Fr. Mallinkrott, diff. de prae-*
scriptione servitutum exstinctina, eleganter exarata,
Ienae 1788. contra dubia, a supra memoratis viris
 prolata, strenue defendisse. [Servitutes urbanas
 praescriptioni per solum non usum non esse obno-
 xias docent *Hofacker, pr. iur. civ. t. 2. §. 1109.*
Thibaut, System des Pand. R. t. 2. §. 1041.
Glück, Erläut. d. Pand. t. 10. §. 689. p. 264.]

§. XXXI.

Si servitus ita est comparata, ut alternis
 annis seu mensibus exerceatur, praesentiae
 vel absentiae ratio haud habetur; sed non usu
 per viginti annos indistincte expirat.

Quum L. 7. D. *quemadm. servitus amittatur* (8,
 6.) haud distinguit, utrum praesens vel absens is
 sit,

lit, qui seruitute, quae ipsi competit, haud vtitur; sed generatim duplicato tempore eam amitti, pronunciat: nec iurisconsultus eius rei rationem habere debet. Idem profert *Iustinianus*, L. 14. C. de seruitut. (3, 34.) aduersarii autem ea, quae generatim de praescriptione contra absentem cauta sunt, hoc loco adplicari posse putant, eamdemque ob causam quidem concedunt, ejusmodi seruitutem intra viginti annos exspirare si praesens fuit, cui competeret seruitus; vbi autem ille absens fuerit, prius haud amitti statuunt illam, quam si praeterlapfi fuerint quadraginta anni, hocque nomine ad L. 7. D. quemadm. serv. am. (8, 6.) ac L. fin. C. de seruit. (3, 34.) prouocant. Ex his nomino *M. Wesenbecium* ad D. L. 8. tit. 6. n. 6. et *Vlr. Huberum*, praelect. jur. civ. P. 2. L. 8. tit. 6. n. 6. Sed nobiscum conspirant *H. Hahn*, ad *Wesenbecium* l. c. *G. A. Struv*, Synt. jur. civ. ex. 13. th. 57. *Fratres Ouerbeck*, Medit. üb. versch. Rechtsmat. vol. 3. p. 187. [*Hofacker* princ. jur. civ. t. 2. §. 1109. *Thibaut*, über Besitz u. Verj. P. 2. §. 59. *Glück Erläut. d. Pand.* t. 10. p. 689.]



Wen
arner

Walch, Carl Friedrich,

C. Fr. Walchii Introductio in controversias iuris civilis recentiores
inter iurisconsultos agitatas

Bd.: 1,1. (1810)

Jena 1810

J.rom.c. 335 a-1,1

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566067-1